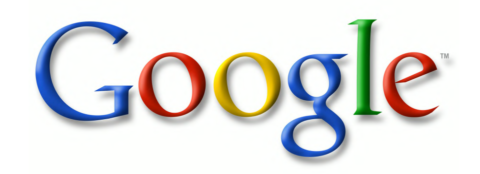


This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

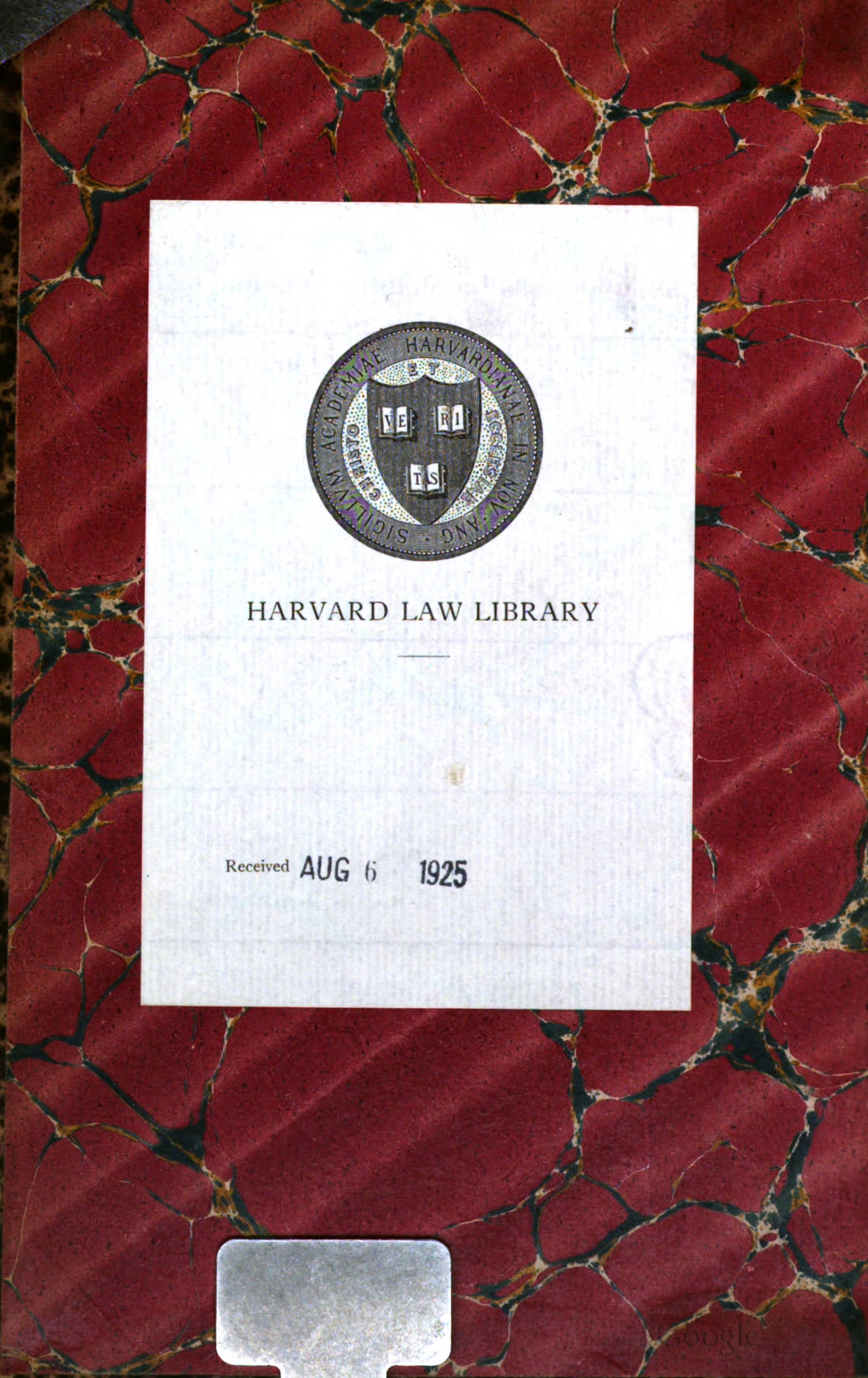
We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at http://books.google.com/


HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 061 710 083



HARVARD LAW LIBRARY

Received AUG 6 1925

Digitized by Google



Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

AUG 6 1925

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX.

DU BAIL A FERME

EN DROIT ROMAIN
ET EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

RAOUL PASSEMARD,

Avocat à la Cour d'Appel.

18 février 1884.



PÉRIGUEUX

IMPRIMERIE DUPONT ET Cie, RUES TAILLEFER ET AUBERGERIE.

1883

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX.

PROFESSEURS :

MM. COURAUD (✻ ✿ I), doyen, professeur de *Droit romain*.
BAUDRY-LACANTINERIE (✿ I), professeur de *Droit civil*.
RIBEREAU (✿ A), professeur de *Droit commercial*.
SAIGNAT (✿ A), professeur de *Droit civil*.
BARKAUSEN (✻ ✿ A), professeur de *Droit administratif*.
DELOYNES (✿ A), professeur de *Droit civil*.
VIGNEAUX (✿ A), professeur d'*Histoire du Droit*.
LE COQ (✿ A), professeur de *Procédure civile*.
LEVILLAIN (✿ A), professeur de *Droit maritime*.
MARANDOUT, professeur de *Droit criminel*.
CUQ, professeur de *Droit romain*.
FAURE, professeur d'*Economie politique*.
DESPAGNET, agrégé, chargé du cours de *Droit international privé*.

MM. RAVIER (✿ I), *secrétaire, agent comptable*.
MORTET, *sous-bibliothécaire, archiviste-paléographe*, licencié en droit.
JARDON, étudiant en doctorat, *secrétaire-adjoint*.

COMMISSION DE LA THÈSE :

Président : M. DELOYNES.

Suffragants : MM. BAUDRY-LACANTINERIE.
LEVILLAIN.
CUQ.
FAURE.

Digitized by Google

A MES PARENTS.

A MES AMIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DROIT ROMAIN.

ACCARIAS, Précis de Droit romain (Paris, 1882).
CUJAS, Opera omnia (Lyon, 1614).
DEMANGEAT, Cours de Droit romain (Paris, 1866).
DU COURROY, Institutes de Justinien (Paris).
DEZOBRY, Rome au siècle d'Auguste (Paris, 1875).
DOMAT, Œuvres complètes (Paris, 1835).
DUMOULIN, Omnia quæ exstant opera (Paris, 1681).
DURUY, Histoire des Romains (Paris, 1880).
JOURDAN, l'Hypothèque (Aix, 1876).
MACHELARD, Traité des Interdits (Paris).
MAYNZ, Cours de Droit romain (Bruxelles, 1870-74).
MOLITOR, des Obligations (Paris, 1874).
ORTOLAN, Explication historique des Instituts (Paris).
POTHIER, Pandestæ Justinianeæ (Paris, 1821).
De SAVIGNY, Droit romain (Paris 1840).
Van WETTER, Cours de Droit romain (Gand).
Von HIERING, Esprit de Droit romain (Paris, 1877-78).

DROIT FRANÇAIS.

AUBRY et RAU, Cours de Droit civil (Paris, 1869-75).
BOILEUX, Commentaire sur le Code civil (Paris, 1839).
Coutumes du Parlement de Guienne, par deux avocats au même Parlement (Bordeaux, 1768).
Code civil, ou Recueil des Lois qui le composent, avec les discours, rapports, etc. (Paris, 1806).
CANWÈS, Cours d'Economie politique (Paris, 1881 .
BRIVES-CAZES, Journal des Arrêts de la Cour de Bordeaux.
DEMANTE et COLMET de SANTERRE, Cours de Code civil (Paris, 1849-80).
DELVINCOURT, Cours de Code Napoléon (Paris, 1806).
DEMOLOMBE, Cours de Code Napoléon (Paris).
DALLOZ, Jurisprudence générale.

Digitized by Google

DALLOZ, Répertoire périodique.
M. de DOMBASLE, Traité d'Agriculture.
FEITU, Personnalité du Droit de preneur (Revue pratique, XXX).
FURGOLE, Traité du Franc-Alleu (1775).
GARSONNET, Histoire des Locations perpétuelles (Paris, 1879).
De GASPARIN, Traité d'Agriculture, Fermage, Métayage (1850-60).
GUIZOT, Histoire de la civilisation en France.
JOZON, des Droits de preneur (Revue pratique, XX).
LAFERRIÈRE, Histoire de Droit (Paris, 1848-58).
LAURENT, Principes de Droit civil (Paris, 1878).
LEFORT, Histoire de Locations perpétuelles (Paris, 1875).
LEROY-BEAULIEU, Essai sur la répartition des richesses (Paris).
LOYSEL, Institutes coutumières (Paris, 1846).
MARCADÉ et PONT, Explication du Code Napoléon (Paris, 1859).
MOURLON, Répétitions sur le Code civil (Paris, 1876).
POTHIER, Œuvres complètes (Paris, 1830).
REGNAUD de SAINT-JEAN-D'ANGÉLY, Discussions du Code civil au Conseil d'Etat (Paris, 1805).
SALVIAT, Jurisprudence du Parlement de Bordeaux (Paris, 1787).
SISMONDI, Etudes sur l'Économie politique.
Société d'Agriculture de la Dordogne (Annales de la).
SYREY, Recueil général des Lois et Arrêts.
THIERRY (Aug.), Lettres sur l'Histoire de France.
TROPLONG, Droit civil expliqué (Paris, 1852).

Digitized by Google

DROIT ROMAIN

INTRODUCTION

Il est des contrats dont l'existence et le développement indiquent un état de civilisation assez avancé, et qui ne sauraient se présenter à l'œil de l'observateur cherchant à découvrir les institutions et les usages d'une société en enfance. Le louage est un de ces contrats, et, selon l'expression de M. Troplong, il aime le soleil de la civilisation, il se développe et grandit sous son influence, tandis que la nuit des temps barbares le rapetisse.

Il n'y a pas place, en effet, pour des locataires et des fermiers dans une nation qui vit encore à l'état presque sauvage, ou qui, si elle l'a abandonné, ne connaît que les modes primitifs et élémentaires de culture. Lorsque les nations sont peu nombreuses et policées, les familles, vivant isolées les unes des autres, ne bâtissent que les maisons nécessaires à leur logement et cultivent elles-mêmes les terres, dont le produit doit subvenir à leurs besoins. L'espace ne manque pas à ces peuples en formation, et chacun veut être chez soi. C'est le signe de la liberté, la prérogative de l'indépendance, car ne voit-on pas les vaincus entraînés chez leurs vainqueurs, après avoir été réduits en esclavage ? On est propriétaire : propriétaire d'une masure, soit ; propriétaire de quelques arpents du sol, soit encore ;

Digitized by Google

mais on tient de ses pères ou de son travail un abri pour reposer sa tête, un champ dont on consomme les fruits et où l'on est maître de faire ce que l'on veut.

Mais peu à peu les modes d'existence changent, les propriétés s'augmentent par le défrichement des terres incultes, et bientôt les maîtres ont de la peine à les faire cultiver par les esclaves qu'ils y emploient. Les bras ne manquent pas, mais la surveillance devient plus difficile, et, poussés par l'instinct de la liberté naturel à tout homme, les esclaves cherchent à s'affranchir peu à peu du joug qui pèse sur eux. Alors les propriétaires, presque embarrassés de l'immensité de leurs terres, s'efforcent d'en faciliter la culture et de les rendre plus productives en intéressant les non-propriétaires au revenu du sol. Au lieu de faire travailler l'esclave exclusivement pour eux, ils lui accordent un champ pour bâtir, défricher, labourer et s'efforcer, moyennant une redevance annuelle, de faire produire davantage à ce champ et de garder ce surplus pour lui. Peu à peu ce travailleur intéressé économise et finit par devenir propriétaire, et ainsi se forme une classe moyenne, intermédiaire entre les premiers occupants du sol et les esclaves, classe agricole et libre, qui devient le véritable fondement et la vraie force de la nation.

Il en a été ainsi à Rome, et nous verrons tout à l'heure que cette transformation est une des sources d'un des systèmes de culture les plus importants. Les Romains, dès les premiers temps de leur histoire, montrèrent, malgré leurs penchants guerriers, un goût très vif pour l'agriculture, et Caton l'Ancien disait que c'était l'agriculture qui produisait les hommes les plus forts, les soldats les plus vaillants, et qu'elle était la plus noble et la plus digne des occupations. Caton em-

Digitized by Google

ployait, comme mode de culture, ce que l'on appelle maintenant le *faire-valoir*, c'est-à-dire l'exploitation par des exclaves soumis à la surveillance d'un régisseur stipendié (villicus) et esclave lui-même. Au lieu d'esclaves, on emploie, dans notre état actuel de civilisation, des hommes libres, mais le système est le même et consiste dans la direction exercée par le propriétaire ou son représentant.

Ce mode de culture était fort répandu, mais n'était pourtant pas le seul en usage à Rome. Columelle nous en indique deux autres : l'exploitation par des fermiers libres et par des colons partiaires. Le faire-valoir, excellent peut-être lorsque le maître peut et sait diriger, produit des résultats désastreux lorsque le propriétaire vit éloigné de ses domaines, et les intendants romains devaient bien mal gérer les propriétés pour arracher à Archytas, revenant d'étudier la philosophie, la célèbre exclamation : « Que je te châtierais sévèrement, si je n'étais aussi irrité contre toi ! »

Le colonage partiaire, ou métayage, consiste dans l'exploitation d'un fonds par une personne moyennant un partage des fruits avec le propriétaire. Ce mode de culture, signalé déjà par Caton (*de Re rusticâ*), et vanté par Pline le Jeune, offre, sur le précédent, l'avantage de ne pas exiger une direction de tous les instants.

Il en est de même du bail à ferme. Ce contrat, par lequel on donnait un héritage rural à cultiver, moyennant une redevance annuelle, était le meilleur lorsque le père de famille était obligé de résider loin de ses propriétés. Les colons et les fermiers partiaires étaient des hommes libres et avaient à leur service des esclaves, *servi rustici*, pour faire les travaux les plus pénibles. Il était même certains de ces esclaves qui étaient attachés aux fonds de terre et inséparables du sol : *Inquilini hi*

Digitized by Google

sunt, nous dit Cujas, *qui perpetuo adhærebant prædiis cum progenie suâ.*

Les baux à ferme étaient temporaires et, en général, faits pour cinq années. Cependant, nous voyons de bonne heure l'usage des baux perpétuels s'introduire à Rome et prendre d'autant plus d'extension que la grande propriété s'étendait elle-même davantage. Mais avant même que cette décroissance de la classe moyenne ne se fît aussi vivement, nous trouvons les premières traces de bail emphytéotique dans le régime de *l'ager vectigalis*, et non dans celui de *l'ager publicus*, comme on a essayé de le démontrer.

Les villes avaient, dans l'empire romain comme aujourd'hui, des domaines qui leur appartenaient, et, pour les administrer, nous voyons qu'à l'époque classique, on les affermait aux conditions ordinaires des baux, ou bien on les concédait à perpétuité, moyennant un canon appelé *vectigal*. On appelait ces terrains *agri vectigales* (Cicer. *Ad famil.* 8, 7). Le but de ces concessions était surtout d'arracher de grandes étendues de terre à la stérilité et d'empêcher qu'elles ne restent incultes. Les familles pauvres les prenaient moyennant une redevance très peu élevée et s'engageaient à les défricher et à les améliorer. Pour favoriser ce mouvement, les concessions étaient faites en général à perpétuité, quoique nous trouvions quelques textes qui nous parlent de concessions temporaires.

Les droits du conducteur de l'*ager vectigalis* étaient fort étendus et les jurisconsultes discutaient le point de savoir s'il n'était pas vraiment propriétaire ; Gaïus décidait que ce n'était qu'un fermier, mais un fermier jouissant de droits particuliers. Il avait le *jus in re* et l'action réelle, et possédait, comme nous venons de le dire, en général sa concession pour toujours ; mais il

Digitized by Google

n'avait pas le droit de propriété, *non efficiantur domini* », nous dit Paul ; comme le fermier, il encourait la peine de la résiliation en cas de dégradation du fonds par sa faute, et payait une série de prestations corrélatives à sa jouissance. Si la chose venait à périr, la responsabilité pesait ou non sur l'emphytéote, selon que l'on admettait que le contrat constituait un louage ou une vente.

Outre les *agri vectigales*, il est une classe de biens que l'on prit l'habitude de donner à bail emphytéotique, ce qui contribua beaucoup au développement de ce contrat ; ce furent les domaines des empereurs sans cesse accrus par les guerres, les lois caducaires et les confiscations, et qui s'appelaient *fundi rei privatæ* ou *patrimoniales fundi*, selon qu'ils étaient affectés aux dépenses de l'empire ou à celles de l'empereur et de sa maison. (M. Troplong.) L'emphytéote jouissait des esclaves attachés au domaine, pouvait même les affranchir et transmettait son droit à ses descendants à perpétuité. Constantin décida qu'il pouvait céder son droit par donation sans être tenu de se munir d'une permission du juge ; mais de nombreux auteurs pensait, avec Cujas, que dans le cas de vente, le consentement du *rationalis* ou procureur de l'empereur était indispensable. Enfin, de nombreuses constitutions qu'il serait trop long d'énumérer, augmentaient ou diminuèrent tour à tour les obligations des emphytéotes, avec une tendance marquée cependant à améliorer leur condition et à favoriser ce genre d'exploitation.

Plus on avançait dans l'histoire de l'empire romain, et plus l'on voyait la classe des hommes libres diminuer et la petite propriété disparaître. Des particuliers étendaient leurs richesses dans le monde entier, et l'on voyait des rivières qui séparaient jadis des nations en-

Digitized by Google

nemies traverser à présent les terres d'un particulier (Pline le Jeune). Des citoyens possédaient des villes entières, tandis que les campagnes les plus fertiles de l'Italie se couvraient de jachères par l'extinction progressive des classes agricoles, causée par les guerres et les discordes civiles. La terre ne trouvait plus de maîtres (Gibbon, Constantin, saint Jérôme). C'est alors que l'emphytéose fut appliquée à la culture des terres des particuliers, et qu'en présence de l'importance qu'elle prenait, les empereurs songèrent à en faire un contrat spécial.

L'empereur Zénon déclara par une constitution célèbre, (l. 1, Code, *De jure emphyt.*) que ce n'était ni un louage ni une vente, mais un contrat spécial, consensuel et régi par les conventions des parties. Il décida en outre que la perte totale du fonds serait supportée par le propriétaire, c'est-à-dire que l'emphytéote serait déchargé dans ce cas de payer le canon, mais que la perte partielle serait au contraire à la charge du preneur.

Justinien compléta l'œuvre de Zénon en obligeant l'emphytéote qui voulait céder son droit à notifier au propriétaire les offres qu'on lui a faites; ce dernier jouissait alors de la faculté de reprendre l'héritage en payant la somme offerte par le tiers acquéreur, mais devait exercer ce droit de préemption dans le délai de deux mois. Sinon, l'emphytéote était désormais libéré de toute obligation envers lui, et le cessionnaire devenait son seul débiteur, à condition toutefois de lui payer, comme salaire de son consentement, une somme égale au cinquantième de la valeur du fonds. Si l'emphytéote ne dénonçait pas la vente au propriétaire, il encourait la déchéance de son droit. Il en était de même s'il était resté trois ans sans acquitter la redevance.

Digitized by Google

Le prix du consentement du propriétaire s'appelait *laudemium*, d'où est venu le droit de *lods et ventes*, droit de mutation dans la censive.

Après avoir ainsi indiqué ce que fut l'emphytéote à Rome, occupons-nous d'un autre mode d'exploitation des fonds ruraux dont l'essor et le développement coïncidèrent avec ceux de ce contrat.

Jusqu'au Bas-Empire, il n'y avait pas de condition intermédiaire entre l'esclavage et la liberté, et ce n'est qu'à cette époque qu'apparaît complètement organisée l'institution du *colonat*. Quelques textes cependant en font mention au 2e siècle, par exemple une des tables alimentaires de Trajan, et on a découvert en 1880, en Tunisie, une inscription de la même époque qui y est relative. (M. Vigneaux, à son cours.)

Comment s'organisa-t-il et quelle fut son origine ? On a longuement discuté à ce sujet, et on a assigné plusieurs sources à cette institution.

Après la période classique, les grandes propriétés s'étaient concentrées, comme nous l'avons déjà dit, dans les mains d'un petit nombre de riches et la classe moyenne avait été décimée progressivement. Pline nous rapporte que six citoyens possédaient à eux seuls la moitié de l'Afrique, et l'on comptait jusqu'à six mille esclaves dans certains domaines. En présence de ces immenses propriétés et de ces nations d'esclaves, l'agriculture, obéissant à une loi souvent confirmée par les faits, ne put que décroître : *latifundia perdidere Italiam, jam vero et provincias* (Pline, 18, 7). Les propriétaires imaginèrent alors d'intéresser les esclaves à la bonne culture du sol, ainsi que nous le rapporte Appien, et les chargèrent d'exploiter les domaines à condition de payer une redevance fixe, l'excédent des produits du fonds leur restant *in peculio*. Peu à peu

Digitized by Google

ces esclaves, sortant de la misère, s'élevèrent au rang de colons.

D'autres personnes, au contraire, à la même époque, libres, citoyens, propriétaires ou fermiers, voyaient leur fortune disparaître et s'engouffrer dans les richesses des grands; les exactions, les impôts les réduisaient à la pauvreté, et un grand nombre, malgré les défenses des constitutions, se soumirent à un esclavage volontaire, se vendirent ou se livrèrent comme colons, afin d'être exempts du service militaire et des charges extraordinaires qui accablaient les citoyens.

Enfin, les empereurs voulant pourvoir à la culture de la terre et dénationaliser les barbares vaincus, attachaient souvent les prisonniers de guerre à des terres lointaines qu'ils leur concédaient. Ils mettaient même parfois les captifs en adjudication à condition qu'ils seraient affectés à l'agriculture.

M. Guizot, dans son *Histoire de la civilisation*, t. 4, a prétendu trouver l'origine du colonat dans l'organisation de la famille gauloise avant la conquête. Les chefs de clans étaient entourés d'une population vivant sur leurs domaines avec le droit héréditaire de les cultiver moyennant une redevance, et les suivant à la guerre; les chefs de clans exterminés, les Romains se mirent à leur place, mais la population agricole resta dans son état, et forma cette classe de colons gallo-romains dont l'administration romaine régularisa les rapports de dépendance et les droits.

Nous pensons que ces différentes causes ont pu coexister ensemble, quoique de nombreux auteurs n'admettent pas cette coexistence. Elles ont beau n'être pas toutes signalées par les jurisconsultes, le silence de ces derniers n'est pas décisif, leurs œuvres ayant été mutilées. Quant à la cause provenant d'un affranchissement

Digitized by Google

progressif des esclaves, c'était, il est vrai, un état de fait au début ; mais si nous ne savons pas comment a eu lieu sa transformation en une institution juridique, nous sommes du moins certains qu'elle a eu lieu. Il résultait également un état juridique incontestable de la perte volontaire de la liberté. La pluralité des origines sert du reste à expliquer la différence de conditions existant parmi les colons, ainsi que la rapidité avec laquelle le colonat s'est propagé. (M. Vigneaux, à son cours.)

Outre les causes d'origine que nous venons d'exposer, on devenait colon par la naissance et la prescription. La condition de la mère déterminait en général celle des enfants ; on faisait cependant exception à cette règle, remarque M. Guizot, afin de retenir le plus grand nombre d'individus dans le colonat. Lorsqu'un homme libre avait vécu trente ans comme colon, il le devenait tout-à-fait ainsi que sa race.

Les colons avaient une situation intermédiaire entre l'esclavage et la liberté. Le maître a la *potestas dominica*, mais le colon ne peut être détaché du sol. Il a une personnalité, jouit des droits de famille, peut contracter des justes noces, exercer les droits de mari et de père ; les colons ne peuvent être vendus au loin, ni les membres d'une même famille séparés ; mais ils n'ont le droit de se marier qu'avec un colon appartenant au même propriétaire. Ils se divisent en deux classes assez distinctes : les *coloni servi* et les *coloni liberi ;* les premiers ne peuvent avoir qu'un pécule, tandis que les seconds peuvent être vraiment propriétaires. Ce sont ceux qui de libres sont devenus colons par la prescription ou sont nés du mariage d'un colon avec une femme libre.

Le colonat prend fin par la prescription de trente ans et la promotion à l'épiscopat.

Digitized by Google

En résumé, le colonat est une déchéance pour les hommes libres que la pauvreté pousse à se jeter dans cette situation, mais c'est un progrès pour les esclaves. La classe des *coloni servi* est l'origine principale des serfs ; on peut dire la même chose des *coloni liberi*, car ces deux distinctions disparurent bien vite, et Fabien nous dit « qu'ils s'exilaient de leur condition et de leur patrimoine et perdaient leur propriété et leur liberté. » (Fabien, *de Gubernat. Dei*, lib. v.).

Telles furent les sources du colonat et tel fut son développement : il est, dit M. Troplong, un accident mémorable dans l'histoire du bail.

Nous allons entrer maintenant dans la partie critique de notre sujet ; nous connaissons les différents modes d'exploitation dérivant du bail à ferme et ceux qui ont existé en même temps que lui : nous allons l'étudier en lui-même et examiner les conditions auxquelles son existence et son exercice sont soumis.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

CONDITIONS ESSENTIELLES DU BAIL A FERME ET PACTES QUI PEUVENT Y ÊTRE AJOUTÉS.

Nous voyons dans les écrits des jurisconsultes romains que, bien qu'ils eussent des notions assez claires de la nature même du contrat de bail, ils ne laissaient pas que d'être parfois embarrassés dans l'application qu'ils devaient faire à certaines conventions des caractères constitutifs du louage. Ce contrat présente, en particulier, une telle affinité avec la vente, que, selon l'expression de Gaïus, il est des cas où l'on doute si tel contrat forme une vente ou un louage.

Avant d'examiner quelques-uns de ces cas spéciaux, nous définirons ainsi le louage en général : « *Locatio-conductio est contractus quo de re fruenda vel facienda pro certo pretio convenit* ».

A cette définition de Pothier, nous ajouterons celle de Domat : « Le louage est un contrat par lequel l'un donne à l'autre la jouissance ou l'usage d'une chose, ou de son travail, pendant quelque temps, pour un certain prix ».

Par cette définition, Domat mettait en lumière les deux caractères qui séparent le louage de l'emphytéose : la durée temporaire et le droit de jouissance ; l'emphytéose, en effet, jouit d'un droit perpétuel et d'une espèce de propriété. (*Lois civiles*, tit. IV, sect. I et X).

Le bail à ferme, qui doit seul faire l'objet de notre étude, est une des subdivisions du louage de choses, *locatio rerum* : c'est un contrat par lequel une personne s'engage à procurer à une autre la jouissance d'un

Digitized by Google

fonds rural pendant un temps convenu et moyennant un certain prix.

La personne qui s'oblige à faire jouir l'autre s'appelle locateur, bailleur; l'autre, conducteur, preneur, locataire, fermier. A Rome, quand il sagissait de baux à ferme, on employait surtout les expressions de *dominus* et *colonus*.

Le louage, avons-nous dit, avait de grandes affinités avec la vente: c'est ce que répètent souvent les jurisconsultes, en disant, par exemple, que le louage se rapproche beaucoup de la vente et se forme d'après les mêmes règles: *locatio et conditio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit; nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic enim locatio et conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit.* (Gaïus, l. 2. Dig. XIX, 2).

Cujas allait même plus loin, et convaincu que les Romains disaient quelquefois vente pour location et location pour vente, il en trouve une preuve dans un texte de Gaïus, au titre de la vente, lois 19 et 20: *Veteres emptione venditioneque appellationibus promiscue utebantur. Idem est (et) in locatione et conductione.* Il remplace, en effet, l'expression *idem est* par *id est*, et le texte ne signifie plus que les anciens confondaient l'achat et la vente dans leurs expressions, et qu'il en était de même dans la location active et passive, mais qu'ils donnaient indifféremment le nom de vente à la location, et réciproquement.

Sans rechercher si cette opinion, qui s'appuie aussi sur un texte de Festus, est fondée, nous dirons seulement, avec tous les auteurs, que le louage, étant un contrat naturel et du droit des gens, ne consiste pas en paroles, mais dans le consentement des parties, comme l'achat et la vente, et qu'il doit être maintenu

Digitized by Google

sans l'intervention d'aucuns titres. (Paul). Il est donc parfait par le seul consentement des contractants sur la chose et sur le prix : comment alors distinguer, dans les cas suivants, s'il s'agit d'une vente ou d'un louage ?

Si un orfèvre et moi convenons qu'il me fera, avec de l'or qui lui appartient, des bracelets de tel poids et de telle forme, moyennant un certain prix, est-ce un louage ou une vente ? Cassius enseignait qu'il y avait vente de la matière et louage d'ouvrage ; mais la plupart des jurisconsultes étaient d'avis qu'il y avait seulement vente, et c'est ce que décide Justinien. Il y aurait, au contraire, seulement louage d'ouvrage si j'avais fourni la matière.

Prenons une espèce qui se rapporte au bail à ferme. Pendant longtemps on s'était demandé à Rome, si les contrats relatifs aux fonds qui sont livrés à certaines personnes pour en jouir à perpétuité, *quod evenit in prædiis municipum*, en ce sens qu'aussi longtemps que la redevance sera payée au propriétaire, il ne pourra ôter le fonds ni au preneur, ni à son héritier, ni à son acquéreur à un titre quelconque, si ces contrats, dis-je, constituaient des ventes ou des baux. Ces contrats s'appelaient des emphytéoses, et ressemblaient à la vente par la perpétuité et par le caractère réel du droit que leur transférait la possession de la chose, mais ils se rapprochaient encore davantage du louage : ils ne transféraient pas, en effet, le droit de propriété et imposait à l'emphytéose l'obligation de payer une série de prestations comme dans le bail. On discuta longtemps, et la balance semblait pencher en faveur de ceux qui voyaient dans ce contrat un louage, lorsque l'empereur Zénon décida, par une loi célèbre au Code (IV, LXVI), que l'emphytéose n'était ni une vente ni

Digitized by Google

un louage, mais formait une espèce particulière de contrat, réglée surtout par les conventions des parties.

Nous pourrions citer d'autres cas où il est difficile de distinguer nettement la nature du contrat, mais cela nous éloignerait de notre sujet, et ceux-ci suffisent comme exemples. Nous nous contenterons, après avoir ainsi signalé les ressemblances entre la vente et le louage, de faire remarquer la différence fondamentale qui les sépare. Elle consiste en ce que, dans la vente, il y a transfert de propriété si la chose appartient au vendeur, ou du moins transfert du droit de posséder comme propriétaire si la chose ne lui appartient pas ; tandis que dans le louage on donne seulement le droit de jouir de l'objet.

Il est très rare, en effet, que le louage contienne translation de propriété : cela a lieu si on loue, par exemple, une maison à condition que le locataire la fasse reconstruire à ses dépens. Il en transmet la propriété au locateur, et cependant il y a louage, car l'ouvrier loue son travail, c'est-à-dire l'obligation de travailler. Mais on peut dire, avec Ulpien, que « le louage ordinairement ne déplace pas la propriété ». Le droit du preneur, c'est incontestable, n'est qu'un droit de créance personnelle contre le bailleur, un *jus ad rem* et non un *jus in re :* il n'y a même pas transfert de la possession. Aussi voyons-nous que le droit du fermier n'est pas opposable aux tiers acquéreurs, à moins de convention contraire : « *Emptorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit* » (L. 9, Cod.), et qu'il en est de même du légataire (L. 32, Dig.) et de l'usufruitier auquel le bailleur a constitué un droit d'usufruit dans l'héritage. « *Ad exemplum venditionis potest usufructuarius conductorem expellere.* » (L. 59, Dig. de 28 suf.).

Digitized by Google

A présent que nous connaissons ces ressemblances et ces différences entre la vente et le louage quant à leur nature, et que nous savons qu'il faut appliquer au bail les règles de la vente, examinons successivement les trois caractères constitutifs de ce contrat : *res*, *pretium*, *consensus*. Nous verrons ensuite les pactes qui peuvent être ajoutés au bail à ferme.

SECTION PREMIÈRE.

UNE CHOSE.

Le bail à ferme a pour objet la location des fonds ruraux, c'est-à-dire des fonds qui produisent des fruits. Les uns ont besoin de culture pour produire, comme les terres, les vignes ; les autres produisent par eux-mêmes sans que la main de l'homme ait à intervenir : tels sont les bois, les pâturages. Il est encore des fonds qui peuvent être affermés, quoique leurs produits ne soient pas périodiques : les carrières de pierre, les mines de charbon produisent des matières que l'on pourrait extraire et épuiser immédiatement, et elles peuvent cependant faire l'objet d'un bail à ferme. Aussi dirons-nous, comme règle générale, que l'on peut affermer tout ce qui naît d'un fonds, tout ce qui peut en être tiré.

On ne peut donner à bail les choses qui ne sont pas dans le commerce : les choses *divini juris*, comme les temples, ou *publici juris*, telles que les rues, les chemins. Ces choses ne peuvent être, en effet, ni vendues, ni louées. On peut, au contraire, affermer, quoiqu'ils ne puissent être vendus, les biens de la couronne ; mais on ne peut louer, quoiqu'on puisse les vendre, les choses qui se consomment par le premier usage. Par ex-

Digitized by Google

ception ces objets, tels que l'argent, les denrées, pourraient être loués *ad pompam et ostentationem.*

On peut louer la chose d'autrui de même qu'on peut la vendre (L. 7, Dig.) ; on s'oblige alors par le contrat à garantir le fermier, s'il est empêché dans la jouissance du fonds. Le bailleur s'oblige, en effet, à faire jouir le preneur, et la loi ne s'occupe pas du point de savoir si l'exécution de cette obligation sera difficile : il suffit qu'il n'y ait pas une impossibilité absolue, résultant, par exemple, de ce que la chose n'est pas dans le commerce.

Par exception au principe que les choses qui sont dans le commerce peuvent être louées, on ne peut prendre à bail sa propre chose : *rei suæ conductio nulla est ;* il en serait autrement si l'on ne jouissait pas de la pleine propriété de l'objet, et le nu-propriétaire pourrait parfaitement prendre en location un fonds dont une autre personne a l'usufruit.

Les choses incorporelles sont susceptibles d'être louées, au moins quelques-unes : un usufruitier, comme nous venons de le dire, peut affermer son usufruit, et il en est de même du droit d'emphytéose et de la superficie. A l'inverse, les servitudes ne sauraient faire l'objet d'un louage, *locare servitutem nemo potest :* elles sont, en effet, attachées à un fonds et n'existent que pour l'utilité de ce fonds. Cette raison nous fait décider, par *a contrario,* qu'elles sont comprises dans le bail à ferme de l'héritage dont elles sont une dépendance. La servitude personnelle d'usage ne peut pas davantage être louée, mais Justinien a décidé que le droit d'habitation pouvait faire l'objet d'un bail.

On peut affermer un droit de chasse, bien que le produit de la chasse ne soit pas, en général, considéré comme un fruit ; c'en est un pourtant, nous dit Julien

Digitized by Google

(l. 26, *de Usuris*), lorsque le fonds est destiné à la chasse ; il est de même permis d'affermer un droit de pêche, de péage, etc.

SECTION DEUXIÈME.

DU PRIX.

De même que dans la vente, l'une des deux obligations créées par le louage a pour objet un prix : ici, on l'appelle plus spécialement *merces*. Les trois caractères du prix de vente sont de consister en argent monnayé, d'être certain et d'être sérieux. Examinons si la *merces* doit réunir ces trois conditions.

1° La *merces* doit-elle consister en argent monnayé ? — Nous ne le croyons pas. Nous savons qu'on avait longtemps discuté sur le point de savoir si, dans la vente, le prix devait absolument consister en argent ; les Sabiniens soutenaient qu'il y avait vente sans cela, et qu'un objet, tel qu'un esclave, un fonds, pouvait être le prix d'un autre objet. Ils s'appuyaient sur un passage d'Homère rapportant que les Grecs se procuraient du vin en donnant les uns du fer, les autres des esclaves, etc., et ils rappelaient surtout que l'échange ayant été la forme primitive de la vente, qui s'était seulement perfectionnée lorsqu'on avait imaginé de choisir une marchandise dont la valeur servît à mesurer celle de toutes les autres, on ne pouvait établir de règles différentes pour ces deux contrats. Les Proculiens refusaient d'admettre cette assimilation, en prétendant qu'on ne pouvait, dans l'échange, distinguer celui qui vend de celui qui achète, distinction pourtant indis-

Digitized by Google

pensable, puisque leurs obligations ne sont pas les mêmes. Justinien adopta cette dernière opinion, et il l'appliqua également au louage, en décidant, aux Institutes, que, lorsqu'une personne vous remet une chose pour en user et en jouir, et que, de votre côté, vous lui en remettez une autre pour qu'elle en use et en jouisse, il n'y a pas louage, mais un genre particulier de contrat, donnant lieu à l'action *præcriptis verbis*.

Nous ferons remarquer que cette solution avait eu sans doute beaucoup de peine à se faire adopter, même du temps de Justinien, puisque nous trouvons au Digeste (L. 35, *Loc. Cond.* et l. 32, *Comm. Div.* X, 3) deux textes contraires sur la question qui nous occupe, l'un d'Africain et l'autre d'Ulpien ; mais, en admettant cette solution, nous dirons que la *merces* peut cependant exister en autre chose que de l'argent.

Nous en trouvons la preuve dans la loi 21, au Code, *De locato et conducto : Si olei certa ponderatione fructus anni locasti* ; le texte est formel, et il est d'autant moins douteux qu'il faille prendre le mot de *locasti* dans son sens propre de *louage*, que cette loi se trouve au titre de louage, et dit un peu plus loin qu'il s'agit ici d'un contrat de bonne foi. Un passage de Tite-Live confirme, du reste, cette opinion, en racontant que Flaccus s'occupait, à Capoue, de vendre et affermer les terres confisquées au profit de la République, et « qu'il en exigea tout le prix de la location en blé. »

Dans la plupart des cas, il est certain que la *merces* consistera en argent, mais cela n'est pas obligatoire pour la formation du bail, et ce prix peut consister en une certaine quantité de denrées ou en une portion de fruits. Nous adoptons d'autant plus facilement cette opinion que, de l'aveu même des partisans du système

Digitized by Google

contraire, on n'a jamais mis en doute que le prix de la vente (ou la *merces* du louage) pût comprendre accessoirement à une somme d'argent des prestations d'une autre nature. (Accarias.)

2° La *merces* doit être *certa*. — Ce n'est pas à dire qu'il soit nécessaire que le prix soit déterminé dès l'instant du contrat ; il suffit qu'il ne dépende plus de la volonté des parties. Ainsi voyons-nous que le prix n'est pas certain lorsque sa fixation est abandonnée à l'une des parties ou remise à l'arbitrage d'un tiers qu'elles choisiront ultérieurement. Il serait, au contraire, suffisamment déterminé si l'on convenait qu'il serait fixé par telle personne désignée au moment du contrat, et le louage se formerait, si la personne fixait réellement le prix.

Bien que Justinien déclare appliquer au louage ce qu'il a édicté à ce sujet pour la vente, Pothier ne pensait pas qu'il fallût déclarer le louage nul si le tiers désigné ne pouvait ou ne voulait fixer un prix ; il croyait, au contraire, qu'il fallait tenir compte des circonstances et ne pas admettre cette présomption des volontés des parties contractantes.

Il faut de même décider qu'il n'y a pas formation d'un contrat de louage lorsque le prix ne doit être fixé qu'après l'exécution de la convention.

3° La *merces* doit être *vera*. — En disant que le prix doit être sérieux, nous entendons, avec Pothier, qu'il ne doit pas être fixé par forme de conversation, et pour n'avoir pas l'air de faire une donation. Tel serait le cas où on affermerait un fonds important pour le prix d'une pièce d'argent, *nummo uno*.

Non seulement le prix ne doit pas être ridicule comme valeur, mais encore il doit être fixé avec intention de l'exiger : il ne serait pas sérieux si, par le

Digitized by Google

même contrat, le bailleur faisait remise au preneur du prix qui y est exprimé.

Mais il n'est pas nécessaire qu'il soit à peu près l'équivalent de l'avantage procuré par le bail, et il n'y a jamais lieu à rescision de contrat par suite d'un prix trop faible. L'avantage procuré par le bail à ferme surtout est trop aléatoire pour que l'on puisse exiger une proportion déterminée entre la valeur de la jouissance et le montant du prix ; et, comme le dit, du reste assez naïvement, le jurisconsulte Paul, « de même qu'il est naturellement permis de vendre une chose plus ou moins qu'elle ne vaut, *et de se tromper respectivement*, de même il est permis de louer aussi une chose plus ou moins qu'elle ne vaut. »

On peut citer quelques cas où un louage fait *nummo uno*, c'est-à-dire pour un prix fictif et dérisoire, est cependant valable. (Accarias, II, 476). Supposons, par exemple, qu'une dot ait pour objet l'usufruit d'un fonds. Le divorce venu, et par hypothèse la propriété n'appartenant pas à la femme, comment s'opèrera la restitution de la dot ? Car l'usufruit ne peut quitter son titulaire que pour rejoindre la nue-propriété. Le mari, d'après Pomponius, vendra son usufruit à la femme ou le lui louera *nummo uno*. Ces conventions ne seraient pas obligatoires, si on ne les faisait rentrer dans un des types consacrés par le droit civil, et c'est pour cela qu'à cause de leur utilité, on les appelle vente ou louage.

SECTION TROISIÈME

LE CONSENTEMENT.

Le bail, étant un des contrats consensuels que connaissaient ou admettaient les Romains, se forme par le

Digitized by Google

seul accord des volontés des contractants sur la chose et sur le prix. Il n'est besoin d'aucune formalité pour qu'il prenne naissance, aussi lisons-nous au Code, loi 24, que « le contrat de bail sera maintenu sans l'intervention d'aucuns titres. »

Si cependant les parties avaient convenu qu'il serait dressé un écrit, il est certain qu'il faudrait appliquer les règles édictées pour ce cas dans la vente, car « *locatio proxima est emptioni-venditioni, iisdemque regulis juris constitit.* »

Ces règles, édictées par Justinien dans une de ses constitutions, sont rapportées aux Institutes (l. III, t. 24) dans des termes qui ont fourni matière à discussion.

Justinien prévoit le cas où il n'y a pas eu d'arrhes fournies par l'acheteur, et celui où il y en a eu.

Dans le premier cas, si les parties n'ont pas entendu qu'un écrit serait dressé, « il n'y a rien d'innové, » dit Justinien, et la vente et le louage sont conclus dès qu'il y a accord de volontés. Si l'intention des parties est de dresser un écrit, le contrat ne prend naissance que lorsque l'écrit est dressé et complet.

Dans le second cas, chaque partie a le droit de se dédire, l'acheteur en perdant les arrhes qu'il a fournies, le vendeur ou bailleur en restituant le double de ce qu'il a reçu ; ce droit appartiendrait aux parties jusqu'au moment où l'écrit serait dressé, si un écrit devait être dressé : et jusqu'au moment de l'exécution du contrat, s'il ne devait pas y avoir d'écrit.

Cette explication, qui était acceptée par tous les auteurs, est battue en brèche par les interprètes qui ont écrit récemment sur le droit romain : voici l'explication qu'ils proposent.

Dans le droit classique, la vente était parfaite par le seul consentement, mais il était d'usage de se don-

Digitized by Google

ner des arrhes qui ne contribuaient pas à la formation du contrat et ne faisaient que le prouver. Si ces arrhes consistaient en argent et si elles étaient fournies par l'acquéreur, le vendeur les imputait sur le prix. Si elles ne consistaient pas en argent ou étaient remises par le vendeur, on les répétait au moment de l'exécution.

Justinien déclare qu'il n'a rien changé aux ventes sans écrit : *Nihil a nobis in hujusmodi venditionibus innovatum est.* Au contraire, si l'intention des parties est de rédiger un écrit, il n'y a qu'un projet de vente jusqu'à ce que l'écrit, authentique ou privé, soit complet. Seulement, s'il a été donné des arrhes, quoique les parties conservent la liberté de se dédire, celle qui se dédit perd, à titre de punition, les arrhes qu'elle a données si c'est l'acheteur, et restitue le double de ce qu'elle a reçu si c'est le vendeur. Les auteurs qui admettent cette interprétation *effacent sans le moindre scrupule*, selon leur propre expression, les mots *sive in scriptis*, *sive sine scriptis venditio celebrata est*, qui accompagnent aux Institutes l'hypothèse où des arrhes ont été données ; et ils se basent, pour agir ainsi, sur ce que, quelques lignes plus haut, Justinien déclare qu'il n'a rien innové en ce qui concerne les ventes sans écrits, et sur ce que la constitution du Code (L. 17, IV, XXI) ne renferme pas cette phrase qui a été introduite par erreur dans les Institutes ; « le texte des Institutes, disent-ils, ne saurait prévaloir sur celui de la Constitution, dont il prétend n'être qu'un résumé. »

Le louage peut, comme tout contrat consensuel, être contracté même entre absents, soit par correspondance, soit par un intermédiaire appelé *nuntius*, dont le rôle consiste à porter à l'une des parties le consentement de l'autre. Il est, en outre, comme la vente, un contrat synallagmatique et de bonne foi.

Digitized by Google

Le consentement doit intervenir sur la chose, sur le prix et sur la durée.

Sur la chose : en effet, il n'y aurait pas de contrat, si l'une des parties croyait louer le fonds Cornélien, tandis que l'autre a en vue un autre fonds. Il en serait de même si l'erreur portait sur des qualités essentielles de l'objet, mais non s'il ne s'agissait que de qualités accidentelles.

Sur le prix : si j'ai cru vous louer un fonds 1,000 fr., et que vous ayez cru le louer 2,000, il y a bail; mais comme le décide Pomponius, *non pluris erit conductio, quanti ego putavi.* Nous sommes convenus de ce prix, puisque celui qui veut payer 2,000 francs, veut à plus forte raison en payer 1,000; il n'en est pas de même réciproquement

Sur la durée : elle est ordinairement indiquée dans le contrat lui-même, et les textes nous apprennent que les baux des immeubles ruraux étaient en général conclus pour cinq années, *in quinquennium.* Si la durée n'avait pas été fixée, certains auteurs pensent, en l'absence de textes, que ce serait celle d'une tacite reconduction, c'est-à-dire un an pour les immeubles ruraux.

Le consentement doit encore porter sur la nature du contrat : il n'y aurait évidemment pas de bail, si l'un croyait louer et l'autre acheter. Il en est de même de l'usage pour lequel l'objet est loué.

Le consentement doit enfin émaner de personnes capables de contracter : telle est la règle générale. Certaines lois ont établi des incapacités spéciales. La loi 31 au Code et la loi 35, interdisaient aux soldats de prendre à ferme des biens de campagne, *ne a signis avocarentur*, et ceux qui avaient été fermiers des impôts, et qui n'étaient pas quittes de leurs fermes, n'étaient pas admis à les prendre à ferme de nouveau.

Digitized by Google

On étendait même cette défense aux personnes chargées d'une tutelle ou de quelque administration. Les clercs ne pouvaient pas, de même que les décurions, prendre à bail des biens ruraux, de crainte que l'exploitation de ces biens ne les détournât des devoirs de leur charge; le but de cette disposition était aussi d'empêcher les clercs de déroger à la dignité de leur état. (Nov. 123, 6.) Enfin c'est l'usufruitier, et non le nu-propriétaire, qui a droit de louer la chose sur laquelle porte l'usufruit.

SECTION QUATRIÈME.

PACTES QUI PEUVENT ÊTRE AJOUTÉS AU BAIL.

On appelle pacte ou convention, le consentement de deux ou plusieurs personnes. Bien que le mot *pollicitatio* soit employé parfois comme synonyme de *pactum*, il ne désigne habituellement qu'une offre non acceptée, et, par conséquent, dépourvue en général de tout effet.

Toute convention ne constitue pas un contrat : il n'en est ainsi qu'autant que, déjà d'après l'ancien droit, il peut en dériver une obligation suivie d'une action. Or, pour engendrer une action, il faut qu'au simple accord de volontés vienne se joindre un autre élément, tel que la tradition d'une chose, des paroles, une écriture : cet élément, qui, joint à la convention, la rend obligatoire, est ce qu'on appelle proprement la *causa civilis* (Demangeat).

Certains pactes ont été rendus obligatoires dès le premier état du Droit romain, sous le nom de contrats consensuels. Ces pactes qui, contrairement à la règle

Digitized by Google

ex nudo pacto actio non oritur, étaient suivis d'une action, ne conservaient pas leur nom : *sed transeunt in nomen contractûs.* Le préteur attacha à certains pactes une action, par exemple au pacte de constitut et à celui d'hypothèque, et on nomma ces pactes *pacta prætoria.* Les Constitutions impériales firent de même pour la convention par laquelle une personne s'engage à donner une dot et pour d'autres conventions, et ces pactes, auxquels était attachée la *conditio ex lege,* furent appelés *pacta legitima.*

Mais en principe les pactes ne produisaient qu'une exception, *Nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem* (L. 7, § 4, Dig.). Cependant, par le fait même de cette exception, il était certain qu'il y avait les éléments d'une obligation : aussi de nombreux auteurs pensaient que les pactes engendraient une obligation naturelle. Ulpien le dit, en effet, pour le pacte d'intérêts, et il est facile de voir qu'il ne cite pas là un cas spécial; et d'ailleurs, il en était ainsi pour les promesses d'un esclave, qui ne valaient pourtant que comme pactes.

Tels sont les effets des pactes isolés, *pacta nuda ;* nous allons examiner ce qu'il arrive lorsqu'ils sont ajoutés à un contrat ou à une dation, *pacta adjecta.*

Tous les pactes adjoints à une dation étaient valables à l'époque classique, mais il n'en était pas ainsi dès le début, et nous croyons que, sous l'empire de la Loi des XII Tables, ces pactes ne valaient que lorsque l'acquéreur ne devait rendre que ce qu'il avait reçu, ou lorsqu'ils limitaient les effets de la cession. (M. Cuq, à son cours). Celsus présente l'exemple suivant : je vous ai donné de l'argent à la charge par vous de me donner l'esclave Stichus ; faut-il voir là une vente ou non ? Il n'y a pas vente, et, si Stichus meurt, j'ai le

Digitized by Google

droit de réclamer l'argent. (Celsus, l. 16, Dig. 12, 4). Ce système ne répondant pas aux besoins de la pratique, la jurisprudence romaine décida que lorsque ce pacte serait exécuté par une des parties, il y aurait obligation : c'est de là qu'est sortie la théorie des *contrats innommés*.

Quant aux pactes adjoints à un contrat, nous ne nous occuperons que de ceux adjoints à un contrat de bonne foi, ce qui est notre sujet.

Ils peuvent être adjoints *in continenti*, c'est-à-dire sur-le-champ, ou *ex intervallo*, c'est-à-dire au bout d'un certain temps.

Un pacte joint *ex intervallo*, n'opère jamais que par voie d'exception. Il n'en est pas ainsi cependant quand ce contrat de bonne foi est un contrat consensuel et que la modification apportée par le pacte porte *circa substantialia*, sur un élément essentiel du contrat. Il opère alors *ipso jure*, et est sanctionné par l'action du contrat. Il y a ici, en effet, deux conventions distinctes se suffisant à elles-mêmes ; le premier contrat est dissous et un nouveau se forme. La conséquence est qu'un nouveau pacte ne saurait faire revivre le contrat, tandis qu'il suffit d'un pacte pour faire renaître une obligation éteinte, *exceptionis epo.*

Un pacte adjoint *in continenti* fait corps pour ainsi dire avec le contrat, *inest contractui*, et n'en est en quelque sorte qu'une clause particulière ; il façonne dans certains cas l'action et exerce une influence décisive sur le consentement. Les obligations qu'il crée sont sanctionnées par l'action du contrat, et celles qu'il supprime sont censées n'avoir jamais existé. Si le pacte a pour objet de dissoudre le contrat, c'est l'action du contrat elle-même qui sera donnée, conformément

Digitized by Google

à l'opinion des Sabiniens, et non pas seulement l'action *præscriptis verbis*, comme le demandaient les Proculiens. Il en est ainsi, par exemple, dans le cas d'une vente accompagnée d'un pacte commissoire.

Tels sont les principes qu'il faut appliquer aux différents pactes que nous allons énumérer et que l'on ajoute habituellement au bail à ferme.

On peut convenir, comme clause pénale, qu'une certaine somme sera payée au fermier s'il est expulsé de la ferme avant la fin du bail; le fermier a alors l'action du louage pour exiger cette somme. Mais si cette expulsion est causée par la faute du fermier, par exemple, parce qu'il n'a pas payé ses fermages depuis deux ans, le propriétaire sera-t-il tenu de payer la somme convenue? Le jurisconsulte Paul a décidé que non, parce qu'il est vraisemblable que la convention de ne point expulser le fermier supposait son exactitude à remplir ses obligations. Le propriétaire aurait donc l'exception de dol à opposer à la réclamation du fermier.

Si un propriétaire a loué un fonds sous la condition qu'il pourrait le louer à un autre si le fermier ne cultivait pas bien, et qu'en outre le fermier l'indemniserait de ce qu'il le louerait en moins, que faut-il décider au cas où il l'a reloué davantage? La règle à suivre est toujours de rechercher quelle a été l'intention des parties. Puisque l'on n'a rien stipulé pour le cas où le prix de la seconde location serait supérieur à celui de la première, cela indique que les conventions avaient été faites en général dans l'intérêt du propriétaire, et qu'ainsi il doit bénéficier de l'avantage procuré par la seconde location.

On considère qu'il y a une vente dans le cas où un fermier a reçu des meubles avec estimation, absolu-

Digitized by Google

ment comme pour les meubles qui seraient donnés à un mari en dot pour sa femme ; il y a vente et ces meubles sont aux risques et périls du fermier.

Supposons que, dans un bail à ferme, on ait inséré l'obligation pour le fermier de ne pas couper les arbres et de ne pas permettre qu'on les coupe Faut-il interpréter strictement cette défense, et décider, par exemple, que le fermier remplira ses engagements en s'opposant à la coupe de ces arbres lorsqu'il s'en apercevra par hasard ? Non, nous sommes ici dans un contrat de bonne foi, et il faut interpréter *ex æquo et bono* cette clause du contrat. Le fermier devra non seulement empêcher qu'on ne coupe les arbres, mais encore garder les bois et donner tous ses soins pour empêcher qu'on essaie de le faire ; telle était l'intention des parties en stipulant une semblable clause.

Les jurisconsultes romains décidaient que, si un propriétaire avait affermé un bien à condition qu'on lui donnerait une certaine quantité de froment à certain prix, il pouvait refuser de le recevoir et de faire aucune déduction sur le prix du bail, et exiger en entier le montant en argent des fermages ; il appartenait au juge, cependant, dans ce cas, de rechercher quel intérêt avait eu le fermier à convenir qu'il paierait plutôt en froment qu'en argent telle portion des fermages, et d'estimer le *quantum* de cet intérêt.

Voilà les modifications les plus fréquentes apportées au bail à ferme au moyen de pactes adjoints : *Possunt et pacta adjici, quibus jus, quod naturaliter inest locationi et conductioni, mutatur vel proprius definitur, velut commissoria lex.* (Mulenbruch, *Doctrina Pamdectarum*, 412.)

Digitized by Google

CHAPITRE DEUXIÈME.

OBLIGATIONS DU BAILLEUR.

Le bailleur est tenu de procurer au fermier la jouissance complète et tranquille du fonds ; c'est de cette obligation fondamentale que découlent toutes les autres.

Nous allons donc l'examiner sous ses différents aspects, et nous rangerons toutes les conséquences qui dérivent de ce principe sous trois chefs : obligation de délivrance, obligation de garantie, obligation de rembourser les impenses faites par le fermier.

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATION DE DÉLIVRANCE.

La première obligation du bailleur est de livrer le fonds au fermier ; mais cette délivrance n'emporte aucun droit réel, pas même la possession, et le fermier n'acquiert par là qu'un simple droit de détention. (L. 25, Dig. 41, 2.)

Cette remise du fonds doit comprendre également tous ses accessoires, tels que pailles et engrais, tonnes et vaisseaux vinaires, qui sont considérés comme nécessaires à l'exploitation. Il en est de même de toutes les constructions qui servent aux fonds affermés. La loi 29 au Digeste, au titre de Louage, renferme une énumération des objets et instruments aratoires qui

Digitized by Google

étaient, d'après l'usage, livrés au fermier pour la culture de la vigne et celle des olives. Il est bien évident que cette énumération n'est qu'énonciatrice et ne peut être citée qu'à titre d'exemple, et que les parties peuvent modifier à ce sujet les usages reçus. Le fermier pourra alors agir contre le propriétaire en vertu de l'énumération insérée au contrat (Paul, l. 24 au Dig.), comme il aurait agi en vertu de l'usage des lieux ; ce sera par l'action *ex conducto* qu'il poursuivra le bailleur dans les deux cas.

Si l'on avait estimé les meubles ou instruments par le contrat, il y aurait vente, ainsi que nous l'avons dit en traitant des pactes ; sinon, le fermier devra en prendre soin selon les règles générales d'obligation de jouissance dans le bail.

De ce que le fonds doit être délivré avec tous ses accessoires, on a voulu en conclure que le fermier acquérait par là-même le droit de chasse. Il n'en est pas ainsi, car ce n'est pas un accessoire nécessaire du fonds : nous admettons seulement une exception, pour le cas où il s'agit de terres vagues dont la chasse est le produit principal : *Venationem fructus fundi negavit esse, nisi fructus fundi ex venatione constet.* (L. 26, Dig. XXII, 1.)

A défaut de convention spéciale, le fonds doit être délivré immédiatement après le contrat ; on suivrait l'usage des lieux, s'il en existait. S'il y a retard apporté à la délivrance et que ce retard ait occasionné une perte, il y a lieu à indemnité depuis que le fermier a mis le bailleur en demeure. Cette mise en demeure se fait par interpellation.

Si le bailleur refusait de remettre la chose au fermier, ce dernier pourrait demander qu'il y fût contraint *manu militari.* (Sent. de Paul, I, 13, 4.) Ce n'est pas un fait

Digitized by Google

personnel qu'exigerait ici le preneur, car l'obligation du bailleur renferme celle de livrer la chose.

Le bailleur doit livrer les immeubles affermés dans un état convenable. Il faut, en effet, qu'ils puissent procurer au fermier la jouissance à laquelle il a droit; il doit également les maintenir dans cet état durant le bail. Il est donc tenu de faire toutes les réparations nécessaires aux bâtiments pour que le fermier soit clos et couvert et les bestiaux à l'abri.

En un mot, pour tout ce qui concerne cette obligation de délivrance, nous dirons que le bailleur est tenu de toutes les obligations qui dérivent des termes du contrat, ou de l'usage, ou de l'équité : « *Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet; et si quid in lege prætermissum fuerit, id ex æquo et bono debet præstare.* » (Inst. 5, *Loc. Cond.*)

SECTION DEUXIÈME.

OBLIGATION DE GARANTIE.

Le bailleur, ayant contracté l'obligation de faire jouir *præstare frui licere*, a par là même contracté celle d'entretenir le fonds dans un état qui permette d'en jouir. Il doit, en conséquence, faire aux bâtiments toutes les réparations nécessaires, comme nous le disions en terminant la section précédente, sauf celles qui doivent être faites par le fermier, d'après le bail ou l'usage des lieux. Le fermier doit être tenu clos et couvert, et ses bestiaux et ses grains doivent être à l'abri. S'il y avait du retard apporté à faire ces réparations et qu'il en fût résulté un préjudice, le preneur pourrait obtenir des

Digitized by Google

dommages-intérêts ; il pourrait même demander la résolution du bail, si ces réparations empêchaient l'exploitation.

L'obligation d'entretenir impose également au bailleur celle de ne pas changer la forme du fonds et de ne pas imposer un genre de culture différent de celui qui était convenu ou en usage.

Le bailleur est responsable des vices du fonds qu'il a loué. Mais quels sont les vices dont la responsabilité lui incombe? Ce sont ceux qui empêchent entièrement l'usage de la chose, et non ceux qui rendent seulement l'usage incommode.

La responsabilité existe pour les vices dont le bailleur avait connaissance et pour ceux qu'il ne connaissait pas ; elle existe pour ceux qui affectaient la chose au moment du contrat et pour ceux qui sont survenus depuis. La raison de cette différence avec la vente (le vendeur ne répond pas des vices survenus depuis le contrat) est que la chose vendue passe aux risques de l'acheteur aussitôt le contrat parfait, tandis que la chose louée reste aux risques du bailleur. Dans la vente, pourvu que la chose ait existé, le contrat s'est formé et a produit tous ses effets ; dans le bail, au contraire, l'obligation du bailleur est continue (Molitor, des *Obligations*) : il doit à chaque instant procurer la jouissance du fonds loué. Il est donc à chaque instant garant des vices qui peuvent empêcher cette jouissance.

Le fermier peut exiger la résolution du contrat dans les différents cas que nous avons examinés, et parfois il peut même demander des dommages-intérêts.

Si le vice existait lors du contrat et que le bailleur en eût connaissance, il est tenu de dommages-intérêts à cause de son dol, puisqu'il a dissimulé le vice au preneur.

Digitized by Google

Si le bailleur n'avait pas connaissance du vice, nous déciderons qu'il doit des dommages-intérêts, s'il devait par sa profession être informé du vice de la chose louée, car *imperitia culpæ annumeratur*. Si ce vice n'a pas été connu et n'a pas pu être connu, le bailleur ne sera pas tenu de dommages-intérêts. C'est ainsi qu'il faut interpréter la loi 19 au Digeste, *Loc. cond.*, dans laquelle Ulpien examine deux cas différents : « *Si quis dolia vitiosa ignorans locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest, nec ignorantia ejus erit excusata! Et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur ; hìc enim si pecora vel demortua sunt vel deteriora facta, quod interest præstabitur, si scisti ; si ignorâsti, pensionem non petes ; et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit.* » Cette explication était celle qu'admettait Voet, Domat et Pothier.

Le preneur pourrait faire résilier la location, ou du moins exiger une diminution de loyers, si le fait d'un tiers apportait des modifications graves à l'objet loué ; tel serait le cas où un voisin ferait élever un mur privant les bâtiments affermés du jour dont ils ont besoin. Bien que ce soit un cas fortuit, le bailleur est responsable, parce que les bâtiments étaient loués pour un usage qui est maintenant impossible.

Le bailleur doit, en outre, garantie au fermier pour tout trouble ou éviction qu'il viendrait à subir. Examinons différentes hypothèses, afin de distinguer par quelles causes le fermier est troublé dans sa jouissance.

Supposons que le preneur est troublé par le propriétaire, ou par un autre, en vertu d'une cause d'éviction qui existait déjà au moment du contrat ; le preneur a l'action *ex conducto* pour l'intérêt qu'il avait à jouir, disent les textes. Le cas que nous prévoyons ici est, par

Digitized by Google

exemple, celui où on a loué la chose d'autrui, et il faut appliquer cette règle, que le bailleur soit de bonne ou de mauvaise foi. On avait admis un tempérament en ce qui concerne les maisons, et Ulpien décidait que si le propriétaire empêche de jouir, mais que le principal locataire soit prêt à fournir une autre maison non moins commode, il est très juste de libérer ce dernier de l'action *conducti*. On ne peut étendre cette règle, exclusivement édictée pour les baux à loyer, aux baux à ferme.

On s'était demandé si le preneur avait, dans notre hypothèse, l'action *conducti* ou bien la *condictio indebiti*, pour agir contre le bailleur. C'est évidemment la première qui lui compète, car la *condictio indebiti* ne se donne que lorsqu'on a payé par erreur, si on a payé un prix ; or, ce n'est pas ici le cas : ce qui a été payé l'a été sciemment et sans aucune erreur.

La cause d'éviction peut venir encore de ce que le bailleur a consenti deux locations successives : comment concilier alors les droits des deux preneurs ?

Si la chose n'a pas été livrée, le premier en date aura la préférence, selon l'opinion d'Ulpien : *In operis duobus simul locatis, convenit priori conductori ante satisfieri.*

Si la chose a été livrée à l'un des preneurs, l'autre ne peut en exiger la délivrance. Comment pourrait-il le faire, puisque son action est personnelle ? Il en serait autrement, si le propriétaire s'était dessaisi d'autre chose que du droit personnel conféré au preneur et qu'il lui eût conféré quelque droit de possession de propriété ; ce serait alors le cas d'appliquer la maxime : *Vente passe louage.* (Molitor, des *Obligations*, II, 562.)

Supposons, au contraire, que la cause d'éviction soit postérieure au contrat. Si elle provient de la faute du bailleur, si, par, exemple, il a vendu la chose louée

Digitized by Google

sans charger l'acquéreur de maintenir le bail (cas de la loi *emptorem*), le preneur jouit de l'action *conducti* pour demander le prix et des dommages-intérêts. Si, au contraire, tout en provenant du fait du propriétaire, la cause d'éviction repose sur de justes motifs, l'action n'a plus pour objet que la remise des loyers depuis que le preneur a été empêché de jouir. Ulpien nous rapporte un exemple de juste motif (Digeste, l. 15, *Loc. cond.*) dans les termes suivants :

« J'ai loué un fonds à Titius, qui, ensuite, est décédé après avoir institué pour héritier un pupille. Le tuteur ayant fait abstenir de la succession le pupille, j'ai loué mon fonds plus cher à un autre. Ensuite, le pupille s'est fait réintégrer dans la succession de son père ; en ce cas, il ne peut obtenir que d'être libéré de la location, ayant eu moi-même un juste motif de louer à un autre, puisqu'alors on ne pouvait me donner aucune action contre le pupille. »

Aussi est-il admis par tous les jurisconsultes que, lorsqu'il n'y a pas faute du propriétaire, bien que ce soit par son fait que l'éviction et le trouble aient lieu, l'action *conducti* n'est donnée au preneur que pour obtenir la remise des loyers non payés depuis qu'il est troublé dans sa jouissance, ou la restitution de ceux qu'il aurait payés.

Mais comment estime-t-on les dommages-intérêts, lorsqu'ils sont dus par le bailleur au preneur ? Les lois 7, 8 et 24, au titre du Louage, dans le Digeste, donnent des règles d'interprétation qu'il faut suivre en cette matière.

Paul décide que si vous avez loué, moyennant cinquante écus, une maison qui ne vous appartient pas à Titius, qui l'a lui-même louée soixante à Celsus, Titius pourra obtenir de vous, par l'action *conducti*, les

Digitized by Google

soixante écus qu'il doit à Celsus, dans le cas où ce dernier est empêché de jouir par le véritable propriétaire.

Dans la loi 9, Tryphoninus déclare qu'il faut rechercher quel intérêt a le dernier locataire à jouir de la chose louée, afin que le premier locataire obtienne autant que le second obtiendra de lui, parce que le bénéfice de la chose louée, estimé par le plus haut loyer, rend la condamnation plus forte. Cependant le premier qui a loué prendra cinquante écus qu'il aurait reçus si le dernier locataire n'eût pas été troublé par le propriétaire.

Enfin, il faut décider qu'un fermier, empêché de jouir, aura droit aux cinq années de son bail, quand même le propriétaire le laisserait jouir pendant les années qui restent à courir de ce bail, car le propriétaire ne sera pas toujours libéré parce qu'il aura laissé jouir le fermier la seconde ou la troisième année. Le fermier, en effet, qui, expulsé de la ferme, s'est retiré dans une autre, ne pouvant pas suffire à deux et ne devant plus en payer les loyers, obtiendra le bénéfice qu'il aurait fait chaque année. Il est trop tard de lui permettre de jouir, lorsqu'il est engagé avec un autre, ne pouvant plus alors profiter de la jouissance qu'on lui offre. Mais si le propriétaire ne l'a troublé que pendant peu de jours, et que, se le reprochant ensuite, il lui ait permis de jouir, les choses étant encore entières, ce trouble ne change rien à ses obligations (Paul).

En résumé, le calcul des dommages-intérêts doit comprendre le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*, c'est-à-dire non seulement la perte que subit le preneur, mais encore le gain dont il est privé par l'éviction ; et cette règle doit être appliquée toutes les fois que le trouble provient du fait du propriétaire ou du fait de personnes que le propriétaire aurait pu en empêcher.

Digitized by Google

Si le propriétaire n'a pas pu empêcher l'éviction, le profit qu'aurait fait le fermier sans le trouble ne doit pas entrer en ligne de compte.

Il faut décider ainsi, par exemple, lorsque le trouble provient du prince ou d'une force majeure, car le bailleur ne répond pas des cas fortuits relativement à des dommages-intérêts.

Si un propriétaire avait légué à son fermier l'usufruit du fonds affermé, l'héritier serait tenu de le libérer des loyers, car le preneur ne jouit plus alors en vertu du bail.

Le bailleur est obligé à des dommages-intérêts envers le preneur lorsqu'il a vendu le fonds loué sans obliger l'acheteur à entretenir le bail; l'héritier du bailleur serait de même tenu, si c'était par legs que le propriétaire avait disposé du fonds affermé (L. 25 et 32 au Digeste). Si nous supposons que la chose d'autrui a été donnée à bail, et que plus tard le preneur l'acquière du véritable propriétaire, il pourra, comme le pourrait un acheteur dans cette situation, demander des dommages-intérêts, s'il a acquis l'objet à titre onéreux; il n'aura droit qu'à la résiliation, dans le cas d'acquisition gratuite.

De l'obligation de garantie dérive encore, dans le bail à ferme, une obligation très grave pour le bailleur, *celle de faire remise* de tout ou partie de la redevance lorsque tout ou partie de la récolte a été détruite. Cette obligation n'a pas pour base un sentiment de faveur pour le fermier, mais bien, comme nous venons de le dire, l'obligation de faire jouir : les fruits pour le prix, telle est la règle ; si les fruits viennent à manquer, le prix n'est pas exigible.

L'exercice de l'action *conducti* pour obtenir cette remise proportionnelle est soumis à certaines conditions.

Digitized by Google

A. — La perte totale ou partielle des fruits doit provenir d'un *cas fortuit.* On entend par cas fortuit toute force majeure ou toute *cause de non-jouissance extrinsèque*, comme le dit Pothier. Ulpien donne une énumération assez longue des cas de force majeure dans la Loi 15, au Digeste. Il y comprend les inondations d'un fleuve, les dégâts des geais ou des étourneaux réunis en troupe et autres accidents semblables, une incursion des ennemis, les vers et les mauvaises herbes qui endommagent la récolte, et les vents et la pluie qui la détruisent entièrement ; il faut y ajouter les brouillards et les chaleurs excessives qui détruisent les olives ; les tremblements de terre et l'incendie de la récolte dans les champs ; en un mot, toutes les causes auxquelles le fermier ne pouvait pas résister, selon l'expression de Servius : *vis cui resisti non potest.*

Ne doivent pas être considérées à l'inverse, comme cas fortuits, les pertes résultant de vices inhérents à la chose, ou d'évènements ordinaires, tels qu'une stérilité naturelle ou la vétusté des vignes.

B. — La perte de fruits doit être *importante.* — Il n'existe pas de règle fixe, en droit romain, pour évaluer l'importance de la perte donnant lieu à une remise. Nous savons seulement que Gaïus la qualifie de *plus quam tolerabile,* et il complète cette explication un peu vague, en disant : *Modicum damnum æquo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur.* (L. 25, au Digeste.)

Cette décision est fort juste, et l'on ne peut exiger, malgré l'obligation de garantie, que le bailleur soit tenu de faire remise d'une portion du prix pour une perte peu considérable. Le fermier jouit, en effet, d'un aléa : il peut avoir une récolte extraordinaire et ne donnera pas, pour cela, un écu de plus de loyer au pro-

Digitized by Google

priétaire ; il est juste qu'il soit soumis aux chances mauvaises dans une certaine mesure. Devant avoir le profit tout entier, quelque grand qu'il soit, il est équitable qu'il supporte au moins les pertes modiques.

C. — La perte doit arriver *avant* la perception des fruits. — Les fruits ne font partie du fonds, et, par suite, n'appartiennent au propriétaire que tant qu'ils n'ont pas été détachés de ce fonds ; on comprend alors que l'obligation de garantie s'étende jusqu'à eux.

Lorsque, au contraire, ils ont été séparés de la terre, le fermier les a faits *siens* par la perception, et ils sont alors à ses risques, *res perit domino*. Ainsi, lorsque le vin s'aigrit dans la cave du fermier, cette perte accidentelle est à sa charge, d'autant plus que le dommage provient de la chose même : *Fructus percepti*, a dit le président Favre, *quoniam percepti facti sunt*, *locatoris periculo sunt*.

Comment fera-t-on l'évaluation du dommage ? Par une constatation faite avant que le temps ait effacé les traces du cas fortuit ou plutôt de ses effets. Mais la remise sera due ou non dans certains cas, selon que le bail a été fait pour une année ou pour plusieurs.

Lorsque le bail n'est que d'une année, il est facile de faire l'évaluation du dommage et de la remise ; il suffit alors que les trois conditions que nous avons énumérées soient remplies, cas fortuit, perte considérable et perte arrivée avant la perception, pour qu'il y ait lieu à la remise.

Mais lorsque le bail est fait pour plusieurs années, la stérilité d'une année peut être compensée par l'abondance des autres ; la perte de la récolte ne s'évalue pas pour une année, mais pour toute la durée du bail, de manière que l'excédent des bonnes années compense la perte des mauvaises. (Maynz, Droit romain, *Louage*, II, 202.)

Digitized by Google

Faudra-t-il appliquer la même manière de procéder, si l'année mauvaise est dans le courant du bail ou si elle se trouve la dernière ? La compensation devant être faite, le maître pourra-t-il reprendre la remise qu'il a faite à la suite d'une année stérile, si des années abondantes arrivent ensuite ? Cela n'est pas douteux, lorsque l'année mauvaise n'est pas la dernière. Si on a fait remise des loyers à un fermier pour la stérilité d'une année et que les récoltes aient été abondantes ensuite, cette remise ne doit pas nuire au propriétaire, et il pourra demander les loyers de l'année de la stérilité ; et, quand même le maître aurait fait cette remise à titre de donation, cette donation ne devrait être considérée que comme une transaction. Mais que faut-il dire si c'est la dernière année qui a été stérile et pour laquelle on a fait la remise ? *Verius dicetur, etsi superiores uberes fuerunt, et scit locator, non debere eum ad computationem vocari* (Papinien et Ulpien, l. 15, Dig., *Loc. cond.*)

Il est en, effet, parfaitement juste que le propriétaire ne soit pas enchaîné par la générosité qu'il a montrée en faisant donation du prix au fermier malheureux, et que ce dernier le lui rende lorsque des années abondantes ont compensé ses pertes. Mais nous trouvons également qu'il n'est pas nécessaire d'accorder à ce même propriétaire le droit de revenir sur sa donation lorsque l'année stérile est la dernière du bail. Il n'a pas dû agir à l'aveugle et a dû, avant de faire sa donation, s'assurer s'il était obligé ou non de faire une remise. Lors donc qu'il a fait donation de la remise, après avoir constaté que les années précédentes compensaient la perte, il a fait ce don par pure générosité, mais le voulant bien, et ne doit pas pouvoir revenir sur ce qu'il a librement consenti.

Digitized by Google

Telle est l'obligation imposée au bailleur de faire remise d'une portion du prix dans le cas de perte des fruits. Il peut être déchargé de cette obligation par une clause particulière de contrat, car il est permis de mettre tous les cas fortuits à la charge du fermier. On devra également s'en rapporter aux usages locaux, lorsque ces usages mettront certains cas de force majeure aux risques et périls du preneur, même en l'absence de toute convention. Nous savons que dans le louage il faut se conformer à la coutume du pays.

Le preneur peut se charger du risque de tous les accidents par une clause expresse; quelle est alors l'étendue de cette clause? Bartole prétendait qu'elle ne comprenait que les accidents qui arrivent ordinairement, parce que *non videtur contineri pacto id de quo cogitatum non est*. Cette opinion n'est pas exacte, car la loi même sur laquelle s'appuie Bartole prévoit le cas de neiges extraordinaires, *si immoderatæ fuerint*. Cependant, il ne faudrait peut-être pas comprendre dans cette clause les évènements qui n'arrivent qu'à des intervalles de plusieurs siècles, ou, en tous cas, fort longs. (Vinnius; — Bruneman.)

Nous ferons remarquer que, dans tous les cas que nous venons de signaler, le preneur n'a jamais droit qu'à la remise du prix et non à des dommages-intérêts; il supporte la perte des semences. Nous observerons aussi que celui qui cultive moyennant un partage de fruits, n'a pas droit à la remise, car il partage avec le maître, *quasi societatis jure*, les profits et les pertes.

Le bailleur doit enfin, comme dernière conséquence de son obligation de garantie, supporter toutes les charges publiques, impôts, etc..; si le preneur les avait acquittées, il pourrait les répéter. Que décider en ce qui concerne les logements militaires? Certains

Digitized by Google

pensent qu'il faut les considérer comme des cas fortuits, donnant lieu à une remise proportionnelle à la privation de jouissance produite (Molitor, *des Obligations*); d'autres, au contraire, prétendent que c'est une charge résultant du fait de l'habitation, et que, par suite, le propriétaire n'est soumis à aucune responsabilité.

SECTION TROISIÈME.

DU REMBOURSEMENT DES IMPENSES.

Le fondement de l'obligation du bailleur de rembourser les impenses faites par le fermier, consiste dans ce que personne ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui : *Neminem æquum est cum alterius damno locupletari.*

Le preneur a d'abord incontestablement le droit d'enlever les objets et les améliorations qu'il a apportés dans les lieux loués, pourvu néanmoins qu'il rende l'immeuble dans l'état où il l'a pris et que cet enlèvement n'occasionne pas de dégât.

Le locataire d'une maison jouissait même d'un interdit spécial, *de Migrando*, par lequel il obtenait que le bailleur ne mît pas obstacle à ce qu'il enlevât ses objets; mais le fermier ne jouit pas de cet interdit, *colono non competit* (Maynz, *Droit Romain*). Il n'a que l'action *conducti.*

Nous avons dit plus haut que le bailleur devait rembourser les impenses faites par le fermier. Certains auteurs ne lui reconnaissent ce droit que pour les impenses nécessaires, et il y en a même qui le lui refusent entièrement, en ne lui accordant que le droit

Digitized by Google

d'emporter ce qui peut être enlevé sans dommage (Pothier, *Pandectes*, *Louage*, 66). Nous pensons, au contraire, que la loi 55 est formelle, et que le preneur a droit au remboursement des dépenses *nécessaires et utiles* qu'il a faites sur le fonds (*sic*, Domat, *Lois civiles*).

Lorsque le fermier a fait des améliorations dont il n'était pas tenu et qui ont augmenté le revenu, il aura droit à indemnité de la façon suivante. On compensera l'augmentation de revenu produit avec les dépenses, capital et intérêts ; si les dépenses sont plus considérables, le bailleur indemnisera le fermier jusqu'à concurrence de la différence ; si l'augmentation du revenu dépasse le chiffre total des dépenses, le fermier profitera de cette plus-value.

Si le fermier a fait certaines dépenses, espérant jouir du fonds pendant un certain temps, et si le bail vient à être interrompu par un évènement qu'il devait prévoir, il ne pourra prétendre en rien recouvrer ; tel serait le cas où le bail d'un usufruit vient à finir par la mort de l'usufruitier. Le fermier s'est exposé dans ce cas à perdre ses dépenses, et doit supporter les conséquences des risques qu'il a voulu courir.

Digitized by Google

CHAPITRE TROISIÈME.

OBLIGATIONS DU PRENEUR.

Les obligations du preneur sont au nombre de trois : l'obligation de payer le prix convenu, *merces ;* celle de jouir de la chose louée en bon père de famille ; et enfin celle de restituer le fonds à l'expiration du bail.

SECTION PREMIÈRE.

PAYER LA *merces*.

Le paiement des fermages ne peut être exigé d'avance ; il est, en effet, le résultat et la conséquence de la jouissance ; il faut que le fermier ait pu recueillir sa récolte et en tirer parti. Pothier décide qu'il ne suffit pas que la récolte soit faite, qu'il faut encore que le fermier ait pu faire de l'argent. Il faut appliquer ici les usages locaux à défaut de conventions expresses : *In contractibus veniunt ea quœ sunt moris et consuetidinis.* Si donc, comme cela a lieu presque toujours, le prix consiste en plusieurs prestations périodiques à fournir et non en une somme déterminée une fois donnée, le bailleur agira par l'action *locati* aux époques convenues.

Le paiement des loyers ne peut être exigé lorsque le fermier a été privé de la jouissance du fonds. Nous avons vu, dans le chapitre précédent, une application importante de ce principe, en étudiant le droit à la

Digitized by Google

remise que possède le fermier dans le cas de perte totale ou partielle de la récolte par suite d'un cas fortuit.

Une autre conséquence de ce principe est que, si le fermier a joui, mais en vertu d'un titre autre que le bail, du fonds affermé, on ne peut exiger la *merces*; cela arrive, par exemple, lorsqu'un propriétaire a légué à son fermier la chose louée, l'héritier ne peut plus alors exiger le paiement des fermages.

Si encore des voleurs ont enlevé une récolte en présence du fermier, sachant qu'elle appartenait à un autre, Labéon décide que le fermier, qui ne peut les poursuivre en son nom, pourra exiger que le bailleur demande la restitution des fruits volés, afin de les lui restituer quand il les aura recouvrés.

Il n'en est pas de même lorsque la jouissance est devenue impossible par la faute du fermier, et la loi se montre sévère dans ce cas. Elle permet, en effet, d'exiger non seulement les fermages aux époques convenues, mais même d'en exiger la totalité à l'avance. Si, par exemple, un fermier abandonne le fonds avant l'expiration du bail sans motifs plausibles, il sera condamné à payer en entier les jouissances qu'on lui avait louées, à concurrence de l'indemnité due au propriétaire (Paul). Si le bail a été fait pour cinq ans, ajoute le même jurisconsulte, moyennant une certaine somme pour chaque année, et que le fermier cesse de cultiver, le propriétaire peut l'actionner sur-le-champ pour le tout.

Les intérêts des fermages courent de plein droit du jour de la demande en justice; nous sommes ici dans un contrat de bonne foi. On pourrait même convenir qu'ils seraient dus avant qu'il y ait demeure et qu'ils courraient à compter du terme.

Quel retard faudra-t-il que le fermier apporte au

Digitized by Google

paiement de ses fermages, pour que le propriétaire ait le droit de le faire expulser ?

La solution de cette question est discutée ; un certain nombre d'auteurs pensent que le bailleur peut faire résoudre le bail aussitôt que le fermier met du retard à payer. Sans doute, comme nous l'avons dit plus haut, il est nécessaire, à défaut de convention expresse, de s'en rapporter aux usages locaux pour décider le moment où la *merces* est exigible, mais lorsque ce moment sera arrivé, on doit payer de suite. *Hinc enim statim atque cessavit, in solvenda pensione expelli posse ex lege 3, C. Loc. cond.* (Prés. Favre, *Ration.*, *ad Pand.*) On a prétendu, cependant, que le preneur ne pouvait pas être expulsé avant deux ans de retard ; mais les partisans de la première opinion répondent que les deux textes de Paul, sur lesquels on s'appuie pour le décider ainsi, ne doivent pas être pris comme rapportant une règle générale, et qu'ils ne s'appliquent qu'aux cas spéciaux auxquels ils font allusion. La loi 54 prévoit le cas d'un fermier ayant stipulé qu'il ne pourrait être expulsé durant le bail, et la loi 56 s'occupe des locataires absents ; on ne doit donc pas généraliser ces deux cas particuliers.

Pothier nous dit, au Louage, 179, que les quittances de trois années consécutives établissent une présomption de paiement des années précédentes, cette jurisprudence était fondée sur la loi 3 au Code, *de Apoch. publ.* Cette loi avait établi cette règle pour les tributs publics et on l'avait étendue aux loyers et fermages. Il faut, pour que cette présomption ait lieu, que ce soit le même bailleur qui ait donné les quittances, et le même fermier qui ait payé les fermages ; il faut encore qu'il y ait trois quittances différentes ; une quittance de trois années consécutives payées par un seul paiement ne

Digitized by Google

suffirait pas. La raison de cette présomption est qu'il n'est guère probable qu'un propriétaire se soit fait payer pendant trois années consécutives des nouveaux arrérages, sans avoir été payé des anciens.

Nous venons de voir dans quels cas le fermier est tenu de payer le prix des fermages ; demandons-nous maintenant quels moyens a le bailleur pour se faire payer par le preneur récalcitrant.

1° Nous avons déjà mentionné plusieurs fois l'action *locati ;* c'est l'action naissant du louage même, qui est donnée au bailleur pour toutes les demandes qu'il a à formuler contre le fermier, de même que ce dernier jouit de l'action *conducti*, pour agir contre le propriétaire. Mais cette action, qui est une action personnelle, n'offre aucune garantie au bailleur contre l'insolvabilité du preneur ; c'est un mode d'agir, mais un mode d'agir dont l'efficacité sera paralysée par cette insolvabilité. Aussi s'était-on depuis longtemps préoccupé de la situation digne d'intérêt du locateur, et avait-on pensé qu'il était juste de lui accorder des sûretés particulières pour le paiement de sa créance, c'est-à-dire de la *merces* et des autres obligations résultant du bail. On imagina successivement dans ce but l'interdit Salvien et l'action Servienne.

2° *L'interdit Salvien* fut créé par le préteur Salvien, qui lui donna son nom, à une époque qu'il est difficile de préciser ; ce que l'on peut dire en toute certitude, c'est qu'il existait avant Cicéron, ainsi que l'action Servienne, créée également par le droit prétorien, et que nous étudierons dans un instant.

Est-il antérieur à l'action Servienne ? On a soutenu que oui, et certains auteurs ont pensé qu'il n'avait été qu'un acheminement vers cette action qui le remplaça dans la pratique et le fit tomber en désuétude. Mais

Digitized by Google

nous n'en avons aucune preuve, et, quoique ayant le même but, créer un droit d'hypothèque, une garantie spéciale, ces deux voies de recours contre le fermier ont des caractères et des applications suffisamment distinctes pour ne pas faire double emploi. L'interdit, en effet, est une voie possessoire, tandis que l'action est une voie pétitoire, et l'interdit jouit de l'avantage de l'unité de la procédure ; le préteur, lorsqu'il donnait un interdit, faisait en même temps exécuter la sentence, et il n'était pas nécessaire, comme dans les actions, d'avoir successivement affaire au magistrat et au juge.

On a discuté sur le point de savoir si l'interdit conférait un droit réel, c'est-à-dire s'il pouvait être exercé contre les tiers détenteurs. Certains ont prétendu que non (Puchta, *Inst.* 251), en s'appuyant sur un texte de Gordien, et ont décidé que le bailleur n'avait d'autre recours contre les tiers que l'action servienne : *Id enim tantummodo adversus conductorem delictoremve competit.* Nous pensons cependant que l'interdit était donné contre les tiers, car la première loi, au titre même de l'interdit Salvien, suppose le cas où l'on accorde l'interdit Salvien *utile* contre le tiers acquéreur d'unee sclave, *adversus extraneum Salciano interdicto recte experientur.* Théophile, en outre, est formel à ce sujet : *Adversus quemlibet possidentem rem coloni instituctur Salvianum interdictum* (Instit.), et les Basiliques le disent également. Le texte de Gordien s'applique, croyons-nous, à une espèce particulière, et il ne faut pas généraliser sa décision.

L'interdit Salvien n'avait été créé par le prêteur qu'en faveur du propriétaire d'un fonds rural, et il n'existe aucun texte nous disant qu'on eût étendu sa sphère d'application à tous les créanciers hypothécaires, comme on l'a fait relativement à l'action servienne en inventant l'action quasi-servienne. Il portait sur tous

Digitized by Google

les objets qui avaient été affectés spécialement au paiement des fermages ; il fallait que ces objets eussent été apportés dans la ferme et qu'on eût fait mention de leur affectation au paiement de la *merces : illatio pignoris nomine.*

Le texte de l'interdit Salvien ne nous est pas parvenu, et nous ne le connaissons que par les textes peu nombreux que nous trouvons au Digeste ou au Code ; aussi a-t-il donné lieu à d'assez vives controverses.

3° — Ce fût un prêteur nommé Servius, mais qu'il ne faut pas confondre ,comme on l'a fait, avec Servius Sulpicius, qui créa une action réelle destinée à garantir le prix du fermage. Cette *action servienne* était accordée aux propriétaires de biens ruraux et portait sur les objets engagés par le fermier. Elle garantissait donc la même dette et portait sur les mêmes objets que l'interdit Salvien, mais nous avons montré tout à l'heure les caractères qui les distinguaient.

Cette action prétorienne, dont nous ne connaissons pas la date d'origine, devait être contemporaine de l'interdit ; du reste, comme le fait remarquer M. Ortolan, il paraît que l'usage de faire engager par le fermier les choses par lui apportées pour l'exploitation du fonds, était ancien et général chez les Romains, puisque Caton, *De re rusticâ*, 146, dit déjà : « *Quæ in fundo illata erunt, pignori sunto.* »

Elle offrait de grands avantages sur l'interdit, quoiqu'elle lui fût inférieure à certains points de vue, tels que la rapidité de procédure. L'interdit Salvien, en effet, qui était prohibitoire malgré l'opinion de quelques auteurs, était également un interdit donné *adipiscendæ possessionis causa* : il était donc insuffisant, puisqu'il laissait le bailleur désarmé dans les autres cas.

On a dit que c'était une action *fictice*, parce que tou-

Digitized by Google

tes les actions prétoriennes reposent sur une fiction, sur la supposition de l'accomplissement d'un fait ou d'une condition qui n'existent pas. Nous pensons qu'il n'en est pas ainsi ; sans doute les principes qui ont présidé à la formation d'un grand nombre d'actions prétoriennes auraient pu également influer sur la naissance de l'action servienne : mais cela n'a pas été, car aucun texte n'en parle, tandis qu'il en existe pour toutes les autres actions prétoriennes fictices. Notre action est donc une action *in factum.*

Quatre caractères distinctifs constituent l'action servienne : une mention expresse de constitution d'hypothèque, une mention du droit de disposition du débiteur, une créance non payée, et le caractère *arbitraire* de l'action. Le caractère arbitraire est une des particularités de l'action hypothécaire ; le débiteur peut échapper à la condamnation en acquittant son obligation ; *nisi restituat, condemna.* Les principes généraux veulent que cette action soit arbitraire, et les textes le décident formellement. (L. 16, 3, Dig., *de Pign. et hyp.*)

Nous avons parlé jusqu'ici des objets apportés par le fermier, *illata*, et spécialement affectés par lui au paiement des fermages. Il est une autre catégorie de choses soumises aussi à l'hypothèque, ce sont les fruits du fonds : *In prœdiis rusticis fructus qui ibi nascuntur, tacite intelliguntur pignori esse domino fundi locati, etiamsi nominatim id non convenerit* (l. 7, Dig. *In quibus caus. pign.*) Ici il n'est pas nécessaire de convention expresse d'hypothèque : par le fait seul que des récoltes sont produites par un fonds rural, elles sont tacitement affectées d'une hypothèque au profit du propriétaire.

Nous ferons remarquer que l'hypothèque accordée par les lois romaines est parfaite, en ce qu'elle n'est pas

Digitized by Google

détruite par l'enlèvement des objets des mains du bailleur. Dans notre ancienne jurisprudence, au contraire, on n'avait pas conservé au bailleur le droit de poursuivre son action contre les tiers détenteurs : il ne pouvait que faire saisir les objets dans un délai assez court qui variait suivant les provinces et était, dans certains endroits, de quarante jours. Nous verrons, dans la seconde partie de notre travail, le droit de revendication qu'a établi notre Code civil.

SECTION DEUXIÈME

JOUIR EN BON PÈRE DE FAMILLE.

L'obligation de jouir en bon père de famille comprend d'abord celle de jouir du fonds affermé selon sa destination.

Cette destination, à défaut de convention expresse, sera facile à déterminer d'après les qualités de l'objet et les usages. On ne s'astreint guère à spécifier, en effet, dans le contrat, à quel usage est destinée une chose, lorsque cet usage est clair et évident pour tous.

En fait de maisons, tout le monde admet qu'il y aurait changement de destination dans le fait d'établir une maison publique ou une maison de jeu, et on peut se baser, pour le décider ainsi, sur la loi : *Non aliter autem mulier hospitem recipere potest, quam si is sit, qui honeste cum ea, quæ usum habeat, habiturus sit.* (L. 7, Dig. VII, VIII). Les contestations au sujet des changements de la destination étaient fort rares à Rome. Nous dirons cependant que l'on considérait qu'il y avait un véritable vol, *furtum usus*, lorsque le fer-

Digitized by Google

mier faisait du fonds un usage illicite avec une intention frauduleuse (Maynz, *Dr. romain*) ; le fermier était, en outre, dans ce cas, responsable même des cas fortuits

Le fermier doit jouir de la chose, mais comment? Procédons par voie d'énumération.

Gaïus énumère quelques-unes de ces obligations secondaires du preneur, et nous dit qu'il doit faire toutes choses de la manière convenue dans le contrat, et surtout faire les travaux de la campagne dans le temps propre, afin que sa culture hors de saison ne détériore pas le fonds de terre, et de plus soigneusement pourvoir à ce que les bâtiments ne soient pas dégradés.

Il n'est pas permis à un fermier de changer le système de culture adopté, de trop charger les terres, de les dessaisonner. Nous pensons qu'il lui serait cependant loisible non seulement de faire quelques transformations de détail, mais même des modifications plus importantes, telles que d'employer des engrais spéciaux. Ce bail à ferme est un contrat de bonne foi, et le juge devra toujours se laisser guider par l'équité, sans s'attacher strictement au *summum jus*. C'est surtout dans notre droit français actuel que ce principe doit être appliqué largement, car notre législateur lui-même recommande de chercher à concilier l'intérêt de l'agriculture avec le droit de la propriété.

Le fermier doit garnir la ferme des meubles et des objets nécessaires à l'exploitation ; il doit avoir aussi des bestiaux en nombre suffisant. En un mot, il doit jouir, comme nous le disions tout-à-l'heure, en bon père de famille.

Mais quelle responsabilité lui incombe-t-elle, s'il ne remplit pas ses obligations ? De quelles fautes répond-il ?

Nous n'avons pas l'intention de faire ici une théorie

Digitized by Google

complète des fautes : cela sortirait de notre sujet. Il ne nous est cependant pas possible de ne pas rappeler en quelques mots comment il faut comparer les fautes entre elles et les évaluer.

Personne n'est responsable des évènements malheureux qui arrivent par cas fortuit ou par force majeure. C'est à celui qui a un droit de propriété, ou de créance, à souffrir des accidents fortuits par lesquels l'objet de son droit peut être frappé ; ou, comme on dit, à en courir le risque. Quant aux faits ou aux omissions de l'homme, si celui-ci n'a fait qu'user de son droit, il n'en est responsable envers personne : *Nemo damnum fecit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet.* Mais si le fait ou l'omission sont illicites, ils peuvent, selon le cas, être imputables, c'est-à-dire de nature à être mis sur le compte de leur auteur, et à entraîner pour lui, en matière civile, l'obligation d'en réparer les conséquences. (M. Ortolan).

Il y a deux espèces de faits illicites (*injuria*) : le dol et la faute. Il y a dol, lorsqu'il y a préjudice causé avec intention de nuire : faute, lorsqu'il y a préjudice sans intention nuisible. Disons de suite qu'on est toujours responsable de son dol : *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus præstetur* : on ne peut même pas convenir qu'on n'en sera pas tenu.

Tous les anciens interprètes du droit romain, Alciat, Cujas, Vinnius, et même Pothier, admettaient une théorie divisant les fautes en trois espèce : *culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*. La *culpa lata* consisterait à se montrer moins soigneux que les hommes les plus grossiers : la *culpa levis*, à l'être moins que le commun des hommes . la *culpa levissima*, à rester au-dessous des plus diligents. Le débiteur qui rend un service gratuit ne serait tenu que de la faute lourde ; celui

Digitized by Google

qui en rend et en reçoit, serait responsable de la faute légère ; et celui qui ne fait qu'en recevoir, devrait rendre compte de la faute très légère. Dans ce système, le fermier ne serait tenu que de la *culpa lata* et de la *culpa levis*.

Mais cette théorie, entièrement abandonnée aujourd'hui, a été remplacée par le système suivant, qui fut produit pour la première fois par Lebrun, en 1764, mais qui ne parvint pas à triompher facilement de l'opinion universellement admise : « Cet auteur, dit Pothier, soutient que la doctrine que nous avons exposée est une pure invention des interprètes, qui n'ont pas pris le véritable sens des lois... Quelque spécieux que soient les arguments par lesquels il prétend établir son système, je n'ai pas été convaincu... »

Il n'y a, en réalité, que deux espèces de fautes, la *culpa lata* et la *culpa levis*, qui est qualifiée aussi de *culpa levissima*, au titre de la loi Aquilia. La première, la faute lourde, est assimilée au dol : *magna culpa dolus est* (Paul) ; elle existe en cas d'actes dommageables que le commun des hommes n'aurait pas commis : *lata culpa est nimia negligentia, id est non intelligere quod omnes intelligunt*, nous dit Ulpien. La faute légère, au contraire, est celle que ne commettrait pas un père de famille soigneux, très diligent. Il n'y a pas à distinguer dans les textes les cas où l'on emploie ces comparatifs ou ces superlatifs d'épithètes : c'est par la mesure qu'il faut préciser le degré, remarque, avec raison, M. Ortolan ; or, cette mesure n'en comporte que deux. On apprécie aussi le degré de faute en se demandant si la personne qui a commis l'acte dommageable, l'aurait commis dans la gestion de ses propres affaires. Si on lui demande d'apporter plus de soin qu'il n'en apporte habituellement à ses propres affaires, on dira qu'il

Digitized by Google

est tenu *in abstracto :* sinon, *in concreto* seulement.

D'après ce système, le fermier sera tenu, non seulement de sa faute lourde, mais encore de sa faute légère, *in abstracto*, c'est-à-dire de la faute mesurée sur les soins du père de famille le plus diligent ; il ne rend pas, en effet, un service gratuit, il est *intéressé* dans le contrat. La doctrine ancienne avait le grave inconvénient d'être en désaccord avec plusieurs textes : par exemple, elle établissait une différence entre le vendeur et le commodataire que les textes placent sur la même ligne. (L. 3, Dig. XVIII, 6.)

Le fermier répond donc de sa faute relativement à la conservation du fonds, à son bon entretien, et à tout ce qui pourrait être un dommage pour le propriétaire. Il est responsable s'il a laissé établir une servitude, ou s'il en a laissé perdre quelqu'une ; il doit empêcher toute usurpation d'une partie du fonds.

Il est non seulement responsable de sa faute, mais encore de celle de ses esclaves, de ses ouvriers, de ses parents et de ses hôtes, malgré l'opinion contraire de Julien. Mais les jurisconsultes romains, tout en établissant cette responsabilité, la limitait dans l'intérêt du preneur, et ne le rendait responsable que dans le cas où il aurait été en faute lui-même d'avoir reçu des hôtes ou employé des esclaves et des ouvriers desquels il y avait lieu de craindre l'accident qui est arrivé. Cette responsabilité ne l'oblige-t-elle qu'à l'abandon noxal des esclaves, qu'à céder ses actions contre ceux qu'il a admis chez lui, ou bien est-il personnellement tenu ? Ulpien nous répond qu'il est personnellement tenu. « *Utrum ut servos noxæ dedat, an vero suo nomine teneatur, et adversus eos, quos induxerit, utrum præstabit tantum actiones, an quasi ob propriam culpam tenebitur ? Mihi ita placet, ut culpam etiam*

Digitized by Google

eorum quos induxit præstet suo nomine, etsi nihil convenit : si tamen culpam in inducendis admittit, quos tales habuerit, vel suos, vel hospites. (L. 11, Dig. *Loc.*) Et plus loin, le même auteur, faisant une remarque sur Proculus, déclare encore que le maître est personnellement tenu des fautes de ses esclaves, et qu'il ne serait pas libéré par l'abandon noxal.

Plusieurs actions peuvent être données à l'occasion d'un même fait ; par exemple, si vous avez blessé un esclave qu'on vous avait loué, le maître peut agir contre vous par l'action *locati* ou par l'action de la *loi Aquilia.* Il en est de même si un fermier a coupé lui-même des arbres : le propriétaire peut intenter l'une ou l'autre de ces deux actions contre lui ; mais lorsqu'il en a intenté une, les jurisconsultes nous font remarquer que le juge doit d'office lui interdire d'intenter l'autre.

Les actions ne peuvent, en effet, se cumuler, et après l'action *legis Aquiliæ,* on ne pourrait intenter l'action *locati.* La réciproque n'est pas complètement exacte, et l'on pourrait intenter l'action de la loi Aquilia pour ce qu'elle fait obtenir de plus que l'action locati. (Cujas, *Observ.*, l. 3, ch. 5). Quant aux actions pénales, nous savons qu'elles peuvent se cumuler, et par suite aussi les prestations pénales ; mais, d'après ce que nous venons de dire, s'il s'agit d'actions mixtes, l'indemnité ne pourra être accordée qu'une seule fois.

Nous avons jusqu'ici écarté les cas fortuits comme cause de responsabilité ; il est bien certain que le fermier peut se charger de la force majeure, et le pacte devra alors être exécuté (Ulpien). Il est également d'autres circonstances dans lesquelles le preneur peut répondre des cas fortuits, et cela sans y être formellement engagé. Il en est ainsi lorsqu'il s'est, antérieure-

Digitized by Google

ment à l'évènement fortuit, rendu coupable de quelque faute ; on appliquerait cette décision dans le cas où un fermier querelleur aurait vu ses arbres coupés ou ses vignes arrachées par ses voisins, car c'est son mauvais caractère, c'est-à-dire sa faute, qui a donné occasion à ce fait : *Culpæ ipsius et illud annumeratur, si propter inimicitias, ejus vicinus arbores exciderit* (Gaïus). Il en serait de même s'il avait eté convenu dans la location de ne point faire de feu, *ignem ne habeto*, et que le preneur en eût fait : l'incendie arrivant même par un cas fortuit, le preneur serait responsable pour avoir eu du feu, alors qu'il n'en devait pas avoir. Pothier pense que l'aubergiste qui, d'après lui, n'est pas tenu des fautes de ses hôtes parce qu'il est obligé de recevoir tous les voyageurs, serait responsable pourtant du fait d'incendie, parce qu'il a dû veiller plus spécialement à empêcher cet évènement. Il n'est pas tenu, dit-il, des fautes des voyageurs en général, *non præstat factum viatorum*, parce qu'il doit recevoir tous ceux qui se présentent sans les connaître. Il doit seulement retenir leurs bagages afin de mettre le propriétaire à même de se procurer la réparation qui lui est due.

SECTION TROISIÈME.

RESTITUER A LA FIN DU BAIL.

Le fermier doit restituer la chose à l'expiration du bail, et la restituer en bon état. Si elle a été détériorée pendant le bail, il est tenu de l'intérêt qu'avait le propriétaire (Pothier) : aussi doit-il pourvoir à ce que personne ne détériore le fonds loué ou les droits qui y sont afférents.

Digitized by Google

S'il refuse, par mauvaise foi, de rendre l'objet, il sera condamné à payer la valeur que le propriétaire aura affirmé sous serment devant la justice, parce qu'alors il y a dol de sa part.

L'obligation de restituer est si étroite que le preneur en est tenu, alors même qu'il s'élèverait une contestation entre le propriétaire et lui sur la propriété : *Si quis, conductionis titulo, agrum recepit, possessionem prius restituere debet, et tunc de proprietate litigare.* (L. 25, Code, 4, 65.) S'il retenait la chose et refusait de la rendre jusqu'au jugement définitif, il serait responsable comme s'il s'en était emparé avec violence, et le propriétaire aurait contre lui l'action *furti.*

Il est cependant, par exception, quelques cas où il peut retenir entre ses mains le fonds loué : par exemple, s'il était propriétaire du fonds *avant* le bail, car alors le contrat de location serait nul; ou encore lorsqu'il existe des créances réciproques nées du bail. Le fermier ne peut être condamné à restituer la chose et à payer le montant des fermages qu'en lui tenant compte des impenses et des améliorations qu'il a faites.

Nous savons que le preneur est déchargé de l'obligation de restituer lorsque la chose a péri sans sa faute, mais il doit prouver qu'il n'est pas coupable de cette perte ; à la même condition, il n'est tenu de rendre le fonds que dans l'état où il se trouve, lorsqu'il a été détérioré par un évènement entièrement indépendant de sa volonté. Il faut, bien entendu, appliquer les règles que nous venons de donner aux cas où la restitution de la chose doit avoir lieu pour d'autres motifs que l'expiration du bail par l'avènement du terme fixé ; elles sont édictées pour toutes les hypothèses de restitution occasionnées par la fin du bail.

Digitized by Google

CHAPITRE QUATRIEME.

RÉSOLUTION DU BAIL ET TACITE RÉCONDUCTION.

Nous ne trouvons pas moins de cinq ou six causes différentes de résolution ou d'extinction du bail à ferme : nous allons les examiner successivement.

1° — Arrivée du terme fixé pour la durée. — Ce mode de résolution du bail est le plus fréquent et le plus naturel : le bail à ferme finit par l'expiration du temps pour lequel il est fait. On ne saurait retenir les fermiers ou leurs héritiers lorsque le temps du bail est achevé, et, de son côté, le preneur ne doit pas essayer d'empêcher qu'on ne loue à d'autres (Zénon). Cependant on admettait, par exception, que les fermiers des impôts pouvaient être obligés de continuer leur ferme, lorsqu'ils avaient beaucoup gagné et s'il ne se présentait personne pour prendre le fonds aux mêmes conditions. A l'inverse, les fermiers des terres des villes avaient un droit de préférence pour prendre de nouveau ces terres, à l'expiration du temps du bail.

Si le fermier continue à jouir du fonds, bien que le temps soit expiré, et si le bailleur ne s'y oppose pas, il se forme un nouveau contrat de bail, appelé *tacite reconduction ;* le consentement tacite des deux parties suffit pour la formation de ce nouveau bail, que nous étudierons dans un instant.

2° — Perte de la chose. — Lorsque la chose louée a été détruite par cas fortuit, il est évident que le bail ne peut plus exister, faute d'une chose sur laquelle porte la jouissance. Le preneur est alors libéré de toute obligation, car, dans le bail, le fonds est aux risques du pro-

Digitized by Google

priétaire ; il en serait autrement si la perte provenait de la faute du preneur.

3° — Réunion sur la même tête des qualités de bailleur et de fermier. — Nous savons que l'on ne peut être fermier de sa propre chose : si donc le preneur vient à succéder au bailleur, soit à la propriété, soit à l'usufruit du fonds, le bail est résolu. Il ne devra donc plus payer de fermages à partir du jour où il a réclamé son legs, et nous croyons même qu'il peut réclamer les impenses qu'il a faites depuis cette demande, car il n'est tenu, en tant qu'usufruitier, de faire les impenses nécessaires, qu'à partir du moment où l'usufruit a commencé : *Si colono tuo usumfructum fundi legaveris, usumfructum vindicabit, et cum herede tuo aget ex conducto, ut neque mercedes præstet, et impenses quas in culturam fecerat, recipiat.* (L. 34, Dig., *de Usufr.*).

4° — Cessation du droit du bailleur. — Il est une règle de droit bien connue, c'est qu'on ne peut transmettre plus de droits que l'on n'en a : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.* Nous appliquerons cette règle au cas où un usufruitier a donné à ferme l'immeuble sur lequel porte son usufruit : la mort du bailleur résoudra le bail de plein droit : *Si fructuarius locaverit fundum, in quinquennium, et decesserit, heredem ejus non teneri ut frui præstet : non magis quam, insula exusta, teneretur locator conductori.*

La raison en est bien juste : le preneur savait quel était le droit du bailleur ; il savait que ce droit devait cesser à la mort de cet homme · il est donc censé n'avoir voulu affermer que pour la durée de sa vie. Aussi lui refuserons-nous le droit de réclamer une indemnité pour les dépenses qu'il a faites croyant rester fermier cinq années ; il a dû prévoir ce qui est arrivé, tant pis pour lui s'il en a couru le risque.

Digitized by Google

L'équité demande au contraire qu'il paie le loyer au prorata du temps qu'il a joui.

Si l'usufruit venait à cesser autrement que par cette cause naturelle de la mort de l'usufruitier, par exemple parce que l'usufruitier aurait fait abandon de sa jouissance au nu-propriétaire, le bail ne serait pas rompu, et le nu-propriétaire serait tenu de l'entretenir, si la remise lui a été faite à titre gratuit. Si l'usufruitier avait fait le bail, non comme usufruitier, mais comme propriétaire, le propriétaire ne serait pas tenu, il est vrai, d'entretenir le bail, mais les héritiers du bailleur, succédant à ses obligations, seraient tenus de procurer au fermier la jouissance du fonds, ou alors de lui payer des dommages-intérêts.

A ce sujet, nous observerons qu'en principe la mort du bailleur ou du fermier ne rompt pas le bail, qu'il s'agisse d'un bail perpétuel ou d'un bail temporaire : *Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere hæredes conductoris existimans; quum sive perpetua conductio est, etiam ad hæredes transmittatur, sive temporalis, intra tempora locationis hæredi quoque onus contractus incumbit.* (L. 10, Code.) Nous ferons exception pour le cas où un bail a été consenti pour *autant que le voudra* le bailleur : la mort du bailleur dissout le bail.

Nous savons que le fermier a le droit de sous-louer (L. 7, au Digeste, *loc. cond.*) : mais dans quelles limites ? Il ne pourra le faire que pour la durée de son propre bail, et le droit du sous-locataire disparaîtra en même temps que le sien, par application des principes que nous avons rappelés tout-à-l'heure.

Nous avons déjà eu l'occasion de parler de la loi *Emptorem* qui règle le rapport du fermier avec un tiers acquéreur. On n'a jamais discuté à Rome le point de savoir si le droit du preneur était un droit réel ou un

Digitized by Google

droit personnel, et on a toujours admis sans la moindre hésitation que ce n'était qu'un droit personnel, un *jus ad rem*. Il est dès lors facile de remarquer les différences qui existent entre l'usufruit et le louage. L'usufruitier est investi d'un droit réél, d'un droit dans la chose qui la suit en quelque main qu'elle passe : le preneur au contraire n'a aucun droit opposable aux tiers, comme le décide la loi *Emptorem* ; en revanche, le fermier a un droit de créance contre le bailleur afin qu'il le fasse jouir, tandis que l'usufruitier n'a aucun recours de ce genre et qu'il souffre seul des mauvaises récoltes. Le fermier ne possède pas : il n'a donc pas, pour faire protéger sa jouissance, *l'interdit uti possidetis* (Bruneman, l. 15, Code, *locat.*) ; il aurait, il est vrai, nous dit Pothier, l'action *injuriarum* contre les tiers qui le troublent sans prétendre aucun droit sur l'héritage, mais il n'a en général que l'action *conducti* pour demander au propriétaire de faire cesser les troubles et de le faire jouir paisiblement.

Aussi la loi *Emptorem*, au Code, décide-t-elle que le droit du preneur n'est pas apposable aux tiers acquéreurs : *Emptorem fundi necesse non est stare colono cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit;* et il en est de même d'un légataire, et aussi d'un usufruitier : *Ad exemplum venditionis potest usufructarius conductorem expellere.* (L. 39, Dig. *de Usufr.*) Le preneur n'a toujours qu'une seule ressource : se retourner vers le bailleur ou ses héritiers et leur demander les dommages-intérêts dont ils sont tenus à raison de l'inexécution de l'obligation du propriétaire.

Il en est autrement lorsque le bailleur a imposé au tiers acquéreur d'entretenir le bail : mais il faut que cette obligation soit expresse, et elle ne résulterait pas du fait que le contrat aurait spécialement hypothéqué

Digitized by Google

l'héritage à l'obligation d'entretenir le bail. Le pacte *de non alienando*, par lequel le bailleur s'engagerait dans le bail même à ne pas aliéner l'héritage, ne produit aucun effet vis-à-vis du tiers acquéreur. Ces conventions diverses sont toujours pour lui *res inter alios acta*, et ce pacte ne peut faire prononcer la nullité de la vente; le preneur aura seulement le droit de poursuivre hypothécairement le bailleur pour obtenir les dommages-intérêts auxquels il a le droit. S'il ne pouvait les obtenir, le nouveau propriétaire n'aurait le droit de l'expulser qu'après lui avoir payé le montant de ses dommages-intérêts. Les anciens auteurs étaient cependant très divisés sur cette question. Les uns voulaient que le fermier ne pût être dépossédé lorsque le bail avait été passé devant notaire, et cela à cause de l'hypothèque générale garantissant le droit de jouissance (Bartole). — D'autres ne donnaient ce pouvoir qu'à l'hypothèque spéciale consentie par le bailleur (Cujas, Godefroy, Coquille); — les autres, enfin, donnaient la solution que nous venons de faire connaître (Dumoulin, Pothier).

Il existe une autre exception à la loi *Emptorem:* les acquéreurs des biens du fisc sont tenus de respecter les baux existants, et la clause d'entretenir la location est sous-entendue dans leur contrat.

5° Les autres causes de résiliation du bail sont l'abus de jouissance et le défaut de paiement du prix : ou plus généralement le fait du preneur ou du bailleur de manquer à leurs engagements et de ne pas remplir leurs obligations. Le locateur d'une maison avait aussi le droit d'expulser le locataire lorsqu'il voulait habiter lui-même la maison (l. 3, au Code), mais cette *loi Œde* n'était pas applicable aux baux à ferme.

Quant au défaut de paiement du prix, nous avons

Digitized by Google

déjà dit que la question était discutée relativement à la durée du retard nécessaire pour motiver la résiliation. Certains auteurs pensent que le temps nécessaire était de deux années, et ils appliquaient la loi 54 au Digeste, tandis que d'autres interprètes du droit romain croient que la loi 56 au Code restreint cette règle au loyer des maisons.

TACITE RÉCONDUCTION.

Nous avons dit précédemment que, lorsqu'à l'expiration du temps d'un bail, le fermier a continué de jouir du fonds sans opposition de la part du propriétaire, on présume qu'il est intervenu entre eux tacitement un nouveau contrat. Il faut bien remarquer que ce n'est pas une prorogation de l'ancien bail, comme semble le dire Domat, mais un contrat entièrement nouveau.

Ce contrat se forme tacitement : *et hujusmodi contractus neque verba, neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu convalescunt* (Ulpien, l. 14). Mais si nous présumons qu'il y a un nouvel accord de volontés entre le bailleur et le preneur, nous devons dire aussi que cette présomption tomberait devant un acte quelconque impliquant chez l'une des parties le désir de ne pas entretenir ou continuer le bail : citons comme exemple un procès intenté au fermier par le bailleur pour le faire expulser.

Une autre conséquence de ce principe, c'est que la tacite réconduction ne peut avoir lieu, lorsqu'une des parties n'est pas capable de consentement : *si furere cœpit dominus, vel decesserit;* l'accord de volontés est

Digitized by Google

alors impossible, à moins qu'il n'y ait un curateur ou un héritier pour gérer les affaires du bailleur ou de la succession.

Le temps pendant lequel le fermier doit jouir, après l'arrivée du terme du bail, pour que l'on puisse présumer la tacite réconduction, n'est pas fixé : les usages locaux fournissent les indications nécessaires pour rèconnaître si le bailleur a connu la prolongation de jouissance du fermier. S'il a laissé passer ce délai, c'est qu'il a consenti au nouveau bail. Quant à la durée de la location nouvelle, on décide qu'elle sera d'une année seulement. Le droit romain n'avait pas admis les distinctions qui se sont fait jour plus tard et que nous étudierons lorsque nous nous occuperons de la tacite réconduction sous l'empire du Code civil; le bail est toujours censé consenti pour un an seulement, en ce qui concerne les baux à ferme.

Le nouveau bail est censé fait aux mêmes conditions que le premier, relativement aux conditions autres que la durée. Ce principe reçoit une exception pour les garanties fournies par des tiers dans le premier bail : on ne peut présumer leur consentement, et leur obligation était bornée au temps déjà écoulé. Ainsi les fidéjusseurs qui ont cautionné le fermier, ne sont point obligés à la réconduction, à moins qu'ils ne réitèrent leur consentement.

Il en est différemment des hypothèques consenties autrefois par le fermier. *Qui impleto tempore remansit in conductione, non solum reconduxisse videtur, sed etiam pignora videntur durare obligata : sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat; hujus enim novus consensus erit necessarius.* (L. 13, Dig., *loc. cond.*)

La raison en est claire; nous savons, en effet, que

Digitized by Google

l'hypothèque, par une anomalie particulière en droit romain, est un droit réel qui peut se constituer par la seule convention : *contrahitur hypothoca per pactum conventum, cum quis pasciscatur, ut res ejus propter aliquam obligationem sint hypothecæ nomine obligatæ.* Et on présume, dans la tacite réconduction, que le consentement des parties est intervenu, non seulement pour faire contracter un nouveau bail, mais encore pour le munir des mêmes accessoires et des mêmes sûretés que le premier.

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS

INTRODUCTION HISTORIQUE

Nous avons vu dans notre introduction à l'étude du bail à ferme en droit romain que les *latifundia* avaient donné naissance au colonat, et que cette institution prit le plus grand développement au Bas-Empire, en présence du dépérissement de la classe des cultivateurs libres Aussi lorsque les Francs firent la conquête de la Gaule, trouvèrent-ils, ainsi que le remarque M. de Sismondi, sur le sol des campagnes, les esclaves et les colons héréditaires qui l'habitaient presque exclusivement. Ils ne découvrirent point une grande différence de situation entre ces deux classes de cultivateurs attachés au sol, et dans les monuments de cette époque, les colons sont généralement opposés aux hommes libres et assimilés par le nom et le traitement aux esclaves.

La distinction disparut peu à peu presque complètement, et ce n'est guère qu'en Italie que nous trouvons existant encore la condition ancienne des colons, qui, selon l'expression de saint Grégoire-le-Grand, *ex legum distinctione sunt liberi.* M. Guizot cite cependant quelques textes qui montrent que dans la Gaule il se trouvait aussi dans les domaines des églises des colons appelés *coloni liberi.* (*Histoire de la civilisation en France*, t. IV.)

Digitized by Google

Mais en général l'assimilation fut complète et les colons, les esclaves et les lites, c'est-à-dire les esclaves germains, ne formèrent plus qu'une seule classe d'hommes entièrement réduits en servitude. On pouvait les revendiquer en cas de fuite, les châtier, les flageller, les affranchir il est vrai, mais aussi les arracher du sol natal contrairement à toutes les lois ; c'est ce que nous rapporte Grégoire de Tours à l'occasion du mariage de Ragonthe, fille de Chilpéric ; et saint Rémy, dans son testament, affranchissait certains colons, tandis que les autres restaient en servitude.

La grande masse de la population était donc esclave et attachée à la glèbe et cultivait la terre moyennant une redevance payée au propriétaire : c'était ce que l'on appelait les manses serviles. Ducange nous apprend que cette redevance était quelquefois en argent, plus souvent en nature, et consistait dans la moitié des fruits. Aussi M Troplong voit-il là le berceau des baux à locatairerie, à culture, à métairie perpétuelle, dont les traces se sont conservées jusqu'à la révolution et ont même survécu à la régénération de la population agricole.

Malgré le nombre de ces esclaves, une grande partie des terres restait inculte faute de bras pour la travailler ; mais lorsque, vers le dixième siècle, la féodalité se fut définitivement établie, nous assistons à de grands changements dans l'organisation de la culture. Les seigneurs cherchèrent à acquérir le plus de revenus possibles afin d'être aussi puissants que leurs voisins et de les éclipser même par leurs richesses. « Les grands du royaume, poussés par une ardente cupidité, se disputaient le pouvoir, et, par tous les moyens, augmentaient leurs possessions » ; et ils entreprirent alors de faire cultiver les immenses étendues de terrains qui

Digitized by Google

restaient improductifs. Comme il est dans la nature des choses que les mêmes maux appellent les mêmes remèdes, nous voyons qu'ils essayèrent le même moyen dont s'étaient servis les grands propriétaires de Rome pour faire défricher leurs *latifundia* : ils intéressèrent davantage les esclaves à la culture des domaines, et firent même plus : les affranchissements commencèrent dès cette époque, et les serfs obtinrent leur liberté et des concessions de terres sous la condition de payer une somme d'argent et de rendre des devoirs en nature.

Alors la jouissance précaire se changea en usage permanent, le droit viager en droit héréditaire, alors apparurent les premières formes de ces concessions de terres qu'on appela baux à cens, baux à complant, champarts, bordelages, etc. ; et l'effet bienfaisant s'en fit bientôt sentir, car on vit, nous disent les auteurs, les solitudes se peupler, les terres en friches se couvrir de moissons, des villages entiers s'élever, et la population s'accroître, par ces causes diverses, d'une manière prodigieuse, dans l'espace de deux cents ans.

Ces concessions primitives n'étaient pas encore de vrais baux à ferme ; la population libre était trop peu nombreuse, et il fallut attendre, pour que ce mode d'exploitation reprît son ancienne splendeur, que la liberté s'étendît et que les serfs de la glèbe eussent disparu dans de plus grandes proportions. Au XIIe siècle, les affranchissements se multiplièrent, et c'est aussi à cette époque que nous voyons les baux temporaires à ferme et à métairie commencer à faire leur apparition ; M. Troplong n'en a pas trouvé d'exemples avant 1089 et 1100 Peu à peu ils prirent de l'importance et se généralisèrent, et lorsque les coutumes se formulent, elles nous montrent une grande partie du territoire exploitée par les baux à ferme et les baux à colonage.

Digitized by Google

Avant d'entrer dans l'étude même de notre sujet, disons quelques mots des différentes formes que revêtit successivement l'exploitation agricole. Ce n'étaient presque, en réalité, que des variétés du louage, que des concessions de terres faites à des conditions se rapprochant plus ou moins de celles du bail à ferme, et tous ces modes de culture portaient du reste le nom générique de bail.

1° — Nous en excepterons cependant les *alleus*. « On appelle alleu ce que l'on tient sans faire nulle redevance à nullui. » (Beaumanoir, *Coutum. de Beauvoisis*, ch. 4) ; c'est la terre libre et franche, sans autre seigneur que son propriétaire. Les alleus, très nombreux après la conquête, devinrent plus rares et disparurent presque complètement. C'était la condition de la terre correspondant aux hommes libres : le nombre de ces derniers allant toujours en décroissant jusqu'à l'établissement de la féodalité par suite de la misère, les alleux devinrent de plus en plus rares. Un grand nombre tombèrent à l'état de précaire, et d'autres se confondirent avec les bénéfices.

Ils disparurent si bien qu'un adage se forma, dans les provinces féodales du nord, disant qu'il n'y avait en France aucune terre qui fût absolument libre : *Nulle terre sans seigneur*. S'il n'y avait pas de titre pour démontrer qu'une terre était un alleu, on la présumait de plein droit fief ou censive. Dans le midi au contraire on disait : *Nul seigneur sans titre*, et dans le doute ou l'absence de titres, on se prononçait pour la liberté de la terre. On y contestait la théorie de la *servitude universelle*, et Furgole a écrit un *Traité du Franc-Alleu*, dans lequel il s'attachait longuement à prouver qu'aucun des fondements que l'on attribuait à cette théorie n'était solide, et que l'alleu était la propriété de

Digitized by Google

droit naturel et rationnel. L'alleu était considéré comme une terre noble, et son propriétaire pouvait exercer des droits féodaux.

Dès le début nous trouvons comme modes d'exploitation le bénéfice, le précaire et les manses serviles.

2° — Le *bénéfice* est un domaine que l'on détient à charge du service militaire envers le seigneur qui l'a concédé. Il ne peut être retiré que si le bénéficiaire ne remplit pas son obligation ou commet un crime de haute trahison. Les bénéfices n'étaient pas héréditaires primitivement, et ce n'est que lorsqu'ils se furent singulièrement multipliés qu'ils le devinrent et se transformèrent alors en fiefs. (M. Vignaux, à son cours.)

3° — Le *précaire* était fort ancien et remontait à l'empire romain. Souvent les petits propriétaires avaient consenti à ne plus détenir qu'à titre de précaire le petit domaine qu'ils possédaient, et s'étaient ainsi chargés de certains travaux ou de certaines rentes envers un propriétaire plus riche et plus puissant qu'eux. Le précaire était essentiellement révocable et cessait à la mort du précariste ; mais peu à peu cette concession à charge de services et de prestations devint héréditaire comme les bénéfices, et fut la source de la censive. La différence entre le bénéfice et le précaire consistait dans la nature des services dus au seigneur.

4° — Les *manses serviles* étaient les parcelles du sol concédées aux serfs de la glèbe, aux colons et aux lites ; ces derniers n'étaient en quelque sorte que les serfs d'origine germanique, et leur condition ne différait de celle des autres qu'en ce qu'ils étaient astreints au service militaire. Vers le xe siècle, comme nous l'avons déjà fait remarquer, la condition des serfs s'améliora, et les seigneurs renoncèrent, entre autres choses,

Digitized by Google

au droit de mainmorte en faveur de ceux qui vivaient en communauté.

Le régime de la propriété change lorsque nous arrivons à la période féodale, et voici les différentes institutions qui prennent successivement naissance.

5° — Les *fiefs* sont une transformation des anciens bénéfices de l'époque barbare, et ce qui les en distingue surtout, c'est la perpétuité du droit concédé. Le fief était la concession libre, gratuite, perpétuelle d'une chose immobilière, avec translation du domaine utile et rétention du domaine direct à charge de fidélité et de secours. Nous dirons tout à l'heure ce qu'étaient le domaine utile et le domaine direct. Les fiefs s'établissaient par concession, lorsque le seigneur suzerain détachait une partie de ses biens pour les donner au vassal ; par recommandation, lorsque certains hommes libres, après avoir donné leurs alleus au seigneur, les conservaient à titre de fiefs.

Les formalités étaient l'*Hommage* et l'*Investiture ;* le *Serment* était rapidement tombé en désuétude. L'Hommage était une cérémonie par laquelle le vassal se déclarait l'homme du suzerain : il était lige, lorsqu'on s'obligeait absolument pour le service militaire ; simple, lorsque ce n'était que pour certaines guerres et qu'on pouvait se faire remplacer. Par l'Investiture, le seigneur conférait solennellement la possession du fief. Primitivement les immeubles corporels seuls pouvaient être constitués en fiefs ; on étendit ensuite la règle aux droits corporels, aux offices, mais jamais aux meubles. De même, par extension, furent admis à posséder des fiefs les femmes, les mineurs et même les bourgeois : mais ces derniers n'étaient anoblis qu'à la troisième génération.

Les droits principaux du suzerain étaient le *service*

Digitized by Google

militaire (nous avons vu que c'était là l'origine du contrat), le *service des plaids* (les gentilshommes rendaient la justice entre eux), et le *service des aides*. Les aides consistaient en secours en argent, et cette espèce de redevance est celle qui rapproche le plus l'inféodation d'un contrat de bail. Les aides étaient dues lorsque le seigneur suzerain armait son fils chevalier, mariait sa fille ou partait pour la croisade ; en dehors de ces cas, elles étaient gracieuses et n'étaient accordées que par la réunion générale des vassaux, du clergé et des représentants des villes libres. On voit là l'origine des assemblées délibérantes et du vote de l'impôt. En échange de ces droits et de beaucoup d'autres, tels que le *retrait féodal* et les droits de *quint* et de *requint*, le seigneur devait au vassal une loyale protection. S'il y manquait, le vassal pouvait le renier, mais au lieu de devenir libre, tombait alors sous la mouvance du seigneur supérieur. Il y en avait toujours un, puisque le roi était le *seigneur fieffeux* de tout le royaume. (M. Vigneaux, à son cours.)

6° Le *bail à cens* était une convention par laquelle le maître d'un héritage noble en transportait le domaine utile au preneur qui le tenait désormais à titre de propriétaire roturier, mais sous la réserve du domaine direct et féodal et d'une modique rente annuelle appelée *cens* et destinée à témoigner de la supériorité du seigneur. (Coquille, *Inst. au dr. franç. des cens.)*

C'est du précaire devenu héréditaire que venait la *censive*, de même que le fief n'était qu'un bénéfice transformé ; elle différait du fief seulement quant à la nature des services dus, qui n'étaient pas nobles, sauf le service militaire, et qui consistaient en fruits, en prestations, en corvées. A part cette différence, les rapports entre le seigneur et le roturier étaient calqués

Digitized by Google

sur ceux qui réglaient les relations du seigneur et du vassal. Les censives étaient héréditaires et de plus il y avait, comme pour les fiefs, transfert du domaine utile et rétention du domaine direct.

Cette distinction entre ces deux espèces de domaines était inconnue à Rome (Dumoulin, *Sur Paris*, glose 4), et fut imaginée par les feudistes et les canonistes pour bien marquer les rapports créés par ces différents contrats. — Le domaine utile, c'était la propriété même de l'héritage, de telle sorte que le seigneur ou maître utile était le vrai propriétaire de cet héritage. — Le domaine direct était le domaine ancien, originaire, qui, par le démembrement du domaine utile, n'était autre chose qu'un domaine de supériorité, qu'un droit particulier d'exiger certains droits récognitifs. (Pothier, *de la Propriété*, n° 3.)

Les censives, avons-nous dit, créaient les mêmes rapports de droit que les fiefs, et comme eux s'établissaient par concession ou par recommandation. L'investiture nécessaire pour les fiefs s'appelait *ensaisinement* pour les censives ; l'héritier du censitaire payait un droit de *rachat* identique au droit de *relief*, et l'acheteur de la censive devait acquitter le droit de *lods et ventes* (un douzième du prix) comme l'acquéreur du fief le droit de *quint;* le droit de lods et ventes était emprunté à l'emphytéose ; nous savons en effet que Justinien avait frappé d'une redevance l'aliénation du domaine emphytéosé. Le seigneur pouvait en outre exercer le *retrait censuel*, c'est-à-dire prendre le marché pour lui en payant le prix offert, de même qu'il pouvait exercer le *retrait féodal*. Dans certaines provinces cependant, en Normandie par exemple, les droits de mutation n'existaient pas.

Le cens comprenait le *chef-cens* qui représentait

Digitized by Google

l'autorité seigneuriale ou le domaine direct de l'ancien propriétaire, et les *gros cens*, *menu-cens*, représentant une portion des revenus du terrain concédé. Il constituait, nous dit M. Laferrière *(Hist. du Droit français*, t. 4), un droit essentiellement réel, auquel le censitaire pouvait se soustraire en abandonnant l'immeuble. Cet abandon se nommait *déguerpissement*, avait lieu en justice et anéantissait tous les droits du seigneur ; comme dédommagement, nous disent les anciens auteurs, le déguerpissant devait payer les arrérages de l'année courante et un terme en sus.

7° Une autre forme de concession de terre était le *bail à domaine congéable,* par lequel le propriétaire ou *foncier* cédait au preneur ou *domanier* une terre moyennant des deniers d'entrée et une certaine redevance, appelée la *rente convenancière.* Le domanier avait les droits les plus étendus et pouvait transformer la nature de son domaine ; il y avait vente de la superficie sous faculté perpétuelle de rachat, vente moyennant ce canon appelé rente convenancière, mais rétention du fonds. (Répertoire, v° *Bail à domaine congéable ;* — M. Troplong, t. I.) Le propriétaire pouvait donner congé, quoique le droit du preneur fût héréditaire, mais à condition de rembourser au domanier toutes ses dépenses à dire d'experts.

Cette tenure à caractère spécial et ingénieux n'existait qu'en Bretagne ; on a voulu la faire remonter à une époque antérieure à la conquête des Gaules, mais il est plus probable qu'elle naquit au v° ou vi° siècle, à l'époque de l'invasion des Anglo-Saxons en Bretagne. (M. Vigneaux à son cours.) Elle avait de profondes racines et une organisation très complète, réglée quant aux détails par les usages ou *usements* de Rohan, Cornouaille, Léon, Brouërec et Tréguier. Après une longue

Digitized by Google

discussion, l'Assemblée constituante maintint ces baux en les purgeant de tout ce qui s'y trouvait de droits féodaux (loi du 6 août 1791). Abolis par l'Assemblée législative, ils furent rétablis par la loi du 9 brumaire an VI, qui remit en vigueur celle du 6 août 1791. Ils sont encore en usage.

8° Nous indiquerons encore, parmi les modes d'exploitation en usage autrefois, les *baux à rentes foncières*. Ce contrat transférait au preneur à la fois le domaine direct et le domaine utile d'un héritage, moyennant une rente perpétuelle, et l'aliénateur conservait cependant sur le fonds un droit réel. La rente était irrachetable et ne s'éteignait que par le déguerpissement et la perte de la chose. On apporta même des modifications à cette règle pour prévenir des abus ; trouvant que les immeubles cédés ne rapporteraient pas suffisamment, par exemple les maisons, on les laissait souvent tomber en ruine ; alors Charles VII déclara les rentes rachetables lorsqu'il s'agissait de maisons de ville. Le preneur avait un droit réel sur le fonds. Ce contrat prit une grande extension parce qu'il permettait aux serfs affranchis, mais ne possédant pas de capital, d'acquérir une propriété immobilière.

La loi du 29 décembre 1790, après la loi du 3 novembre 1789, déclara les rentes foncières essentiellement rachetables, et l'art. 530 du Code civil confirma ces dispositions. Aussi peut-on dire avec MM. Fœlix et Henrion (*Des rentes foncières*), que le contrat de bail à rente perpétuelle ne serait plus aujourd'hui qu'une vente de la propriété, ayant pour prix le capital nécessaire pour racheter la rente.

9° Il en serait de même du bail *à locatairerie perpétuelle* qui était en usage dans le midi de la France, et

Digitized by Google

que la loi de 1790 a déclaré aussi essentiellement rachetable. Elle l'a ainsi assimilé au bail à rente, ce qui était admis par le parlement de Provence, mais formellement contesté par celui de Toulouse. Ce dernier prétendait que ce contrat ne transférait au preneur qu'à peu près un droit d'usufruit, ou la *possession utile*. (Merlin, vº *Locatairerie.*)

10º Nous donnerons une solution contraire pour les *baux héréditaires* d'Alsace, ainsi que l'a reconnu un arrêt de la Cour de Cassation de 1837, et pour les *baux à métairie perpétuelle* encore usités dans le Limousin. Le preneur n'acquérait, en effet, en Alsace, par ce genre de bail, que les droits d'un fermier ordinaire, sauf la transmission de ces droits à ses héritiers directs. En Limousin, le métayer n'avait, même sous l'ancien droit, qu'un droit annuel à la moitié des fruits, et le propriétaire conservait toutes les actions concernant la propriété et même la possession. On ne comprend donc guère que la Cour de Cassation ait cru devoir décider que les baux à métairie perpétuelle tombaient sous l'empire des mesures édictées par les lois de la révolution, dans le but de dégrever la propriété foncière des prestations perpétuelles qui nuisaient à sa richesse et à la liberté des transactions.

La Cour de Cassation s'est basée pour le décider ainsi sur le décret du 2 prairial an II, qui déclare que les baux à *culture perpétuelle* sont soumis au rachat de la part de celui qui détient et possède réellement le bien grevé de la prestation. Mais il nous semble que les baux à métairie perpétuelle ont de trop grandes différences avec ceux à locatairerie perpétuelle pour les assimiler ainsi; il suffit d'examiner l'espèce qui avait motivé l'arrêt de la Cour de Limoges, cassé le 2 mars 1835, pour y trouver les vrais caractères du colonage

Digitized by Google

partiaire. D'ailleurs, pour que les lois que nous venons de citer puissent s'appliquer aux baux à métairie perpétuelle, il faut faire rentrer ces derniers dans la catégorie des baux à culture perpétuelle prévus par le décret de l'an II. « Or, comme le dit justement M. Troplong, dans une matière où le législateur s'est montré si rigoureux pour les bailleurs, il ne faut rien faire par analogie, car on courrait le risque de faire peser sur eux des mesures injustes de dépossession. L'empereur Napoléon appelait ces lois, quelquefois si sévères à force de vouloir être démocratiques, *le jubilé de la Révolution;* mot piquant qui peint à merveille l'esprit qui les avait dictées. Tâchons donc de ne pas faire d'efforts pour les aggraver par une extension qui toucherait à la spoliation. »

11° Nous signalerons encore les *baux à complants*, usités dans le midi et dans l'ouest de la France pour favoriser le développement de la culture de la vigne. Ces contrats qui, d'après le Cartulaire de Grenoble, étaient si anciens qu'ils étaient fondés *sur les coutumes des Gaules*, consistaient à donner un terrain à complanter en vignes, et à exploiter moyennant une certaine redevance, appelée *complanterie.* Dans certaines provinces, ils transféraient la propriété lorsqu'ils étaient perpétuels, et étaient alors de véritables baux à rente ; dans d'autres, au contraire, le bailleur restait propriétaire malgré l'irrévocabilité et la perpétuité de la concession. Aussi des avis du Conseil d'Etat de l'an VII et de l'an X ont-ils décidé que les baux à complants constituent de véritables baux à ferme, sauf la durée, dans les provinces *où les clauses des actes caractérisent la réserve de la propriété au bailleur.*

Les baux à complants sont encore en usage dans certaines provinces, par exemple en Périgord. Le preneur

Digitized by Google

plante une vigne et la prend à ferme, dans certains endroits, pour 29 années ou 28 récoltes. Pendant les deux premières années, il lui est permis, en effet, de faire venir sur le terrain complanté des récoltes de menus grains ou de tubercules sans payer de redevance, mais cela lui est défendu ensuite et il doit pendant la troisième année laisser reposer la terre.

12° Les *champarts*, appelés aussi *agriers* et *terrages*, consistaient dans une certaine quantité de fruits que le propriétaire qui aliénait un fonds, se réservait de prendre sur la récolte de chaque année. Cette tenure, qui était soumise aux mêmes règles que les rentes foncières, a été abolie, comme elle, par les lois de la révolution.

Il ne nous reste plus, pour compléter ce coup d'œil général jeté sur les variétés de baux à ferme dans notre ancien droit, qu'à nous demander ce qu'était devenue l'emphytéose que nous avions laissée florissante au moment de la conquête des Gaules par les Francs.

13° *L'emphytéose* continua d'être employée dans les Gaules avec le bail à ferme, ainsi que le prouve, entre autres documents, une décision du Concile de Tours, défendant aux héritiers *de prendre à emphytéose ou à ferme les biens des juifs et des païens*. Elle est également mentionnée dans les Capitulaires, mais elle semble disparaître à l'époque féodale et se confondre avec les autres espèces de contrats, surtout avec le bail à cens. *Verbum emphyteusis est æquivocum*, disait Dumoulin : « Il n'y a pas de véritables emphytéoses chez nous, ajoutait Fonmaur, mais seulement des baux à cens comme dans la France coutumière. » *(Traité des lods et ventes.)* Et d'autres auteurs disaient encore : « Quelques différences qu'il y ait entre le fief, l'em-

Digitized by Google

phytéose et le cens, l'usage les a confondus en communiquant les propriétées des uns aux autres. » (Salvaing.) « Ces deux contrats ne font qu'un (le bail à cens et l'emphytéose) ; leurs différences doivent être attribuées à la diversité des baux à cens selon les lois territoriales. » (Despeisses, *des Droits seigneuriaux.)*

Il y avait cependant de notables différences entre ces deux contrats : le but de l'emphytéose était d'améliorer des terres incultes, ce qui n'était qu'un but très secondaire dans le bail à cens ; l'emphytéose ne transmettait qu'un quasi-domaine très différent du domaine utile, et tombait en commise par défaut de paiement du prix, ce qui n'avait pas lieu pour la censive. En outre, l'emphytéote ne pouvait aliéner malgré le propriétaire, tandis que le censitaire le pouvait, sauf le paiement des lods et ventes. (Dumoulin, *sur Paris*, 13, 22.)

Les points de rapprochement consistaient dans la prestation annuelle due par le preneur et dans l'obligation où se trouvait le censitaire comme l'emphytéote de supporter la perte partielle, mais non la perte totale. Le droit féodal avait, en outre, emprunté le droit de lods et ventes au *laudemium* de l'emphytéose romaine. En réalité, il est donc à peu près certain que l'on confondait ces deux contrats dans la pratique et qu'il fallait une convention expresse des parties pour soumettre un domaine au régime de l'emphytéose Le nom ne suffisait pas dans le doute pour faire appliquer les principes du droit romain, et Dumoulin nous dit que l'on ne devait jamais présumer une vraie emphytéose : *nisi expresse et clare probetur*.

L'emphytéose existait cependant par elle-même, bien qu'elle parût ainsi absorbée par le bail à cens ; elle existait, mais modifiée et très peu usitée. Elle n'avait

Digitized by Google

plus pour but direct la mise en culture de terrains nus et stériles, et l'exiguité du canon devint un de ses caractères habituels; cette exiguité était le résultat de l'altération des monnaies (M. Troplong), et le canon ainsi réduit n'était plus qu'une reconnaissance de la supériorité du propriétaire.

L'emphytéose était habituellement perpétuelle et quelquefois temporaire; mais quelle était la nature du droit de l'emphytéote? — Dumoulin et d'autres auteurs pensaient que l'emphytéose conférait au preneur le domaine utile quand elle était perpétuelle, et un *jus in re* lorsqu'elle était temporaire. Cette doctrine n'est pas exacte, car le domaine utile était absolument inconnu à Rome, et les textes sur lesquels on cherchait à appuyer cette opinion ne doivent pas être interprétés de la sorte. L'emphytéose était presque toujours perpétuelle en droit romain, et la loi 1 au Digeste, qui n'accorde au preneur qu'un *jus in re*, s'occupe d'une concession perpétuelle ; il en est de même du texte dans lequel Gaïus déclare que l'emphytéose n'est qu'un louage. Aussi, Cujas, après avoir dit qu'à Rome *nullum est dominium utile*, décide-t-il que l'emphytéote n'a qu'un *quasi-domaine : Emphyteusis quasi-dominium tribuit seu sit perpetuaria, seu temporaria ;* et il ajoute qu'à moins de changer le langage juridique, on ne saurait dire que parce qu'il a l'action utile pour obtenir certain avantage que donne le droit de propriété, il a le domaine utile. C'est comme si l'on prétendait que celui qui a l'action utile hypothécaire a l'hypothèque utile. (Cujas, Code, *de jure emphyt.*, et Dig. *De rei vindic.*, l. 74.)

Mais même en traitant la question au point de vue strict de notre ancien droit français, il est probable que l'emphytéote n'avait pas le vrai domaine utile, celui

Digitized by Google

dont nous avons donné la définition à propos du bail à cens. Malgré les droits fort étendus qu'il avait de profiter, indépendamment des fruits, de la chasse, de la pêche, de l'alluvion, il n'avait pas le droit d'user et abuser, ne pouvait profi er des mines et des carrières, et son droit au trésor était fort contesté. Certains auteurs prétendaient qu'il n'avait pas le droit d'aliéner sans prevenir le propriétaire, ainsi que le décidait la Constitution de Justinien; mais d'autres lui en reconnaissaient, il est vrai, le droit, ainsi que celui d'hypothéquer : ces différentes concessions étaient une conséquence de la confusion qui s'était produite entre ce contrat et le cens. Par suite de cette même confusion, les livres des anciens auteurs nous présentent parfois de véritables contradictions sur l'étendue des droits de l'emphytéote.

L'emphytéose était toujours constituée pour un temps assez long; le plus souvent, elle l'était pour 99 ans ou à perpétuité. Elle pouvait être créée par contrat, par testament, ou acquise par prescription (M. Blondeau, *Crest.*, p. 398 . M. Troplong nous dit qu'elle périssait par l'expiration du temps pour lequel elle avait été concédée, ou par l'extinction de la famille ou du degré appelés à en profiter. La tacite réconduction n'avait jamais lieu. Nous savons que la perte totale éteignait aussi l'emphytéose, mais non la perte partielle, sauf quand la partie restante ne produisait plus les fruits suffisants pour payer le canon. — Justinien décidait également que l'emphytéose prenait fin lorsque le preneur restait trois ans sans payer la redevance (l. 2, Code, *de jure emphyt.*) et qu'il pouvait être immédiatement expulsé. Notre ancien droit réduisit cette durée à deux ans, mais on permit à l'emphytéote de purger sa demeure, en satisfaisant le propriétaire, lors même

Digitized by Google

que les clauses les plus expresses du contrat eussent semblé le lui interdire ; le juge pouvait même accorder un délai. (Domat, *Lois civiles*, tit. 4, sect. 10.)

L'emphytéote devait restituer les choses en bon état, et n'avait droit à aucune indemnité pour les améliorations qu'il avait faites à l'héritage, lorsqu'il s'était engagé par contrat à les faire ; il en était même ainsi, malgré l'avis contraire de quelques auteurs, pour les améliorations faites volontairement. C'était la jurisprudence du Parlement de Paris, et elle était conforme à l'esprit du contrat d'emphytéose, qui avait pour but l'amélioration de la chose. Il eût été, du reste, à craindre, si on eût décidé autrement, que le propriétaire ne pût rentrer dans sa propriété, faute de pouvoir rembourser le preneur.

Tels sont les caractères que présente l'emphytéose dans l'ancien droit ; ses différences avec le bail à ferme sont réelles, comme il est facile de le remarquer, et nous croyons qu'il ne faut pas admettre le sentiment de Cujas, qui ne voyait aucune différence entre ces deux contrats, lorsque l'emphytéose était temporaire et que le bail était fait pour dix ans et plus. Le preneur n'est pas maître, pas même *quasi-maître*, et son droit ne comprend jamais autant d'éléments du domaine utile (M. Troplong), même lorsque ce droit est le *jus in re*, que le droit de l'emphytéote. Cela est encore plus vrai depuis que le canon fut réduit et ne fut plus considéré comme un équivalent des fruits.

Nous avons ainsi terminé l'historique rapide des différents régimes de la propriété et des modes d'exploitation en usage dans l'ancienne France et signalé leurs rapports et leurs différences avec le bail à ferme ; nous allons maintenant étudier les règles auxquelles le Code civil a soumis ce contrat.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER.

ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DU BAIL A FERME.

Le bail à ferme est un contrat par lequel une des parties s'engage, moyennant un prix que l'autre partie s'oblige à lui payer, à procurer à celle-ci pendant un certain temps la jouissance d'un fonds rural.

Comme nous l'avons fait observer en étudiant le bail en droit romain, il y a une grande analogie entre ce contrat et la vente. Les jurisconsultes romains exprimaient cette idée en disant : *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni, iisdemque juris regulis consistit* (Gaïus), et ils se servaient quelquefois des termes de vente et achat pour désigner le contrat de louage, ainsi que nous le fait remarquer Cujas.

Aussi Pothier se laissait il entraîner par cette affinité, lorsqu'il écrivait que « le bail à ferme s'analyse en une sorte de vente que le bailleur fait au fermier des fruits qui seront à recueillir pendant le temps du bail. » (*Louage*, n° 4.) Mais il allait trop loin, et on a fait observer avec raison qu'il y avait là une confusion entre deux contrats distincts. Pothier avait bien remarqué que l'objet de la vente est un corps certain, tandis que celui du bail est un droit incorporel, celui de jouir de la chose, et signalé cette différence ; mais la vente transmet, en outre, immédiatement la propriété à l'acheteur, tandis que le bail ne produit en faveur du preneur qu'un droit qui s'acquiert jour par jour. Aussi, dans la vente, les risques sont-ils à la charge de l'acquéreur, et, dans le bail à ferme, c'est le bailleur qui les supporte.

Il s'agit donc de distinguer nettement le bail de la

Digitized by Google

vente malgré leurs caractères communs, qui sont d'être des contrats consensuels, synallagmatiques et à titre onéreux ; mais la difficulté est surtout grande lorsqu'il s'agit précisément d'une vente de fruits. Il faudra pour cela rechercher l'intention des parties en étudiant les clauses du contrat. Dans l'ancien droit, les auteurs étaient partagés sur l'importance que l'on devait attribuer à certaines clauses pour en induire la volonté des contractants. Caroccius se basait sur ce fait : les parties ont-elles stipulé que le prix serait payé en une fois ou périodiquement ? Dans le premier cas, il déclarait qu'il y avait vente des fruits ; dans le second, bail à ferme. C'était aussi l'avis des feudistes, et Fonmaur avait dit : « A l'égard de la vente des fruits, c'est l'unité du prix pour toute sa durée qui la distingue du louage. Si donc le prix est annuel, c'est un vrai louage, au lieu que le bail de plusieurs années pour une somme unique n'est pas un louage, mais une vente de fruits. » (*Lods et ventes*, ch. 18.)

Pothier, au contraire, disait qu'il n'y avait pas à s'occuper de la périodicité du prix et qu'il fallait seulement examiner la durée de la jouissance, et selon qu'elle était supérieure ou inférieure à neuf années, il pensait qu'il y avait vente ou qu'il y avait bail. Nous n'hésitons pas à adopter l'avis de Caroccius ; il y a souvent des baux de plus de neuf années, et la présomption résultant du paiement du prix par fractions périodiques est infiniment plus forte, parce qu'elle est conforme à la pratique. Dans le bail à ferme, en outre, les frais de culture sont à la charge du preneur, et dans la vente de fruits, ils restent à la charge du vendeur : on pourra trouver dans les clauses relatives à ce fait un autre élément d'appréciation de la volonté des parties.

Il est un autre contrat avec lequel le bail à ferme

Digitized by Google

présente des analogies : c'est l'usufruit ; mais quoique le fermier ait la jouissance du fonds et en perçoive les fruits comme l'usufruitier, leurs droits sont essentiellement différents, puisque le premier n'a qu'un droit de créance, celui d'obliger le propriétaire à le faire jouir, tandis que le second a sur le fonds un droit réel qui lui permet de suivre l'héritage en quelques mains qu'il passe. Le constituant de l'usufruitier, lorsqu'il a délivré la chose et conféré ainsi à l'usufruitier un *jus utendi et fruendi*, n'est pas obligé de le *faire* jouir, mais seulement de le *laisser* jouir.

De cette différence en découlent d'autres nombreuses, parmi lesquelles nous signalerons les suivantes : Dans l'usufruit, la chose périt pour l'usufruitier, qui est obligé de payer le prix s'il est acquéreur à titre onéreux ; dans le bail, elle périt pour le propriétaire : ce dernier devant, en effet, procurer la jouissance de la chose, *singulis momentis,* le preneur ne doit pas payer le fermage si la chose vient à périr. — L'usufruitier *possède pour lui*, tandis que le fermier n'a que la détention de l'objet, et possède pour le propriétaire; d'où, l'usufruitier peut prescrire, tandis que le fermier ne le peut. — Il faut être propriétaire pour consentir un usufruit, car c'est aliéner ; le bail ne constitue, au contraire, qu'un acte d'administration (au moins quand il ne dépasse pas neuf ans,) et peut être consenti par de simples administrateurs. — Enfin, l'usufruitier doit prendre la chose dans l'état où elle se trouve, et n'a droit à aucune diminution du prix lorsque les récoltes sont détruites par cas fortuits ; le fermier peut exiger la délivrance de la chose en bon état de réparations, et a droit à une diminution de fermage dans le cas de perte des récoltes par cas fortuit.

Nous signalerons encore les différences qui existent

Digitized by Google

entre le bail et l'usufruit quant aux modes d'établissement et d'extinction. Le bail ne peut être constitué que par contrat et à titre onéreux : l'usufruit peut l'être en outre par testament et à titre gratuit. Le droit du fermier passe à ses héritiers, tandis que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier.

Le bail à ferme exige le concours de trois éléments essentiels : une chose, un prix et le consentement des parties. Il en est de même dans la vente; mais tandis que dans ce dernier contrat, le consentement ne porte que sur la chose et le prix, dans le bail il doit encore porter sur la durée : sans cela, comme l'a déclaré un arrêt de la Cour de Douai, du 5 août 1852, il n'y aurait point formation du contrat.

Examinons successivement ces trois éléments constitutifs du bail à ferme

---

SECTION PREMIÈRE.

UNE CHOSE.

L'art. 1711 nous indique que l'objet du bail à ferme, c'est le louage d'un héritage rural; et un héritage rural ou un fonds rural, c'est, comme le dit Mouricault dans son rapport au Tribunat, un fonds produisant des fruits naturels ou industriels. Le bail à loyer est, au contraire, le louage d'une maison ou d'un bâtiment qui ne produit que des fruits civils.

Il est des choses que l'on ne peut vendre et que l'on peut louer: tels sont les biens dotaux, inaliénables et pourtant susceptibles d'être donnés à bail; tels sont encore les biens qui font partie d'un majorat; dans ce

Digitized by Google

cas, l'interdiction de la vente provient de la nécessité de conserver les biens à tel ou tel propriétaire, et cette interdiction n'entraîne pas celle de faire produire le fonds en le donnant à bail, le louage n'étant, nous le savons, qu'un acte d'administration et non d'aliénation.

Comme on ne peut louer que les choses qui sont dans le commerce, il s'ensuit qu'on ne peut affermer celles qui sont du domaine public, telles que les places, les grands chemins : on ne peut en faire passer la jouissance exclusive à un seul. Mais on peut, et ceci est subordonné aux nécessités locales, affermer certains démembrements de ces choses, par exemple les emplacements nécessaires à des marchands pour stationner provisoirement sur la voie publique. De même, bien qu'on ne puisse donner à bail une église ou un cimetière, on peut louer des bancs et des chaises dans les églises et la tonte de l'herbe des cimetières, parce que la destination principale du lieu ne s'en trouve pas affectée. C'est ce que décidaient déjà nos anciens auteurs.

On ne peut, à l'inverse, louer certaines choses qui sont susceptibles d'être vendues, comme celles qui se consomment par le premier usage, car le droit d'en jouir implique le droit d'en disposer. Cependant, le louage en serait possible s'il était fait *ad ostentationem tantum*, c'est-à-dire afin de les montrer à quelqu'un pour s'en faire honneur et à charge de les rendre identiquement. (Duranton, Duvergier.) En dehors de ce cas, les choses fongibles ne peuvent former l'objet direct et principal d'un bail : elles ne peuvent en faire partie qu'à titre d'accessoires. Ainsi les pailles et engrais placés dans la ferme pour l'amélioration des terres, rentrent dans le bail à ferme ; ils sont immobilisés par destination du père de famille et le bail les atteint indirectement : *accessorium sequitur principale.*

Digitized by Google

Il en est de même lorsqu'on convient, dans la location d'une fabrique, que le preneur pourra se servir de minerais, matières premières, etc., existant dans l'usine (arrêt de Paris, mars 1822.) Certains auteurs n'admettent pourtant pas qu'il y ait ici une vraie location ; ces objets ne sont pas un accessoire nécessaire de l'usine, ne sont pas immeubles par destination, et ne suivent pas la condition de la chose principale ; ils sont vendus ou prêtés à usage, selon le cas. (Troplong, — Proudhon.

Il est enfin des choses qui ne peuvent être ni vendues ni louées : il en est ainsi des servitudes, parce qu'elles sont inhérentes à un fonds et ne peuvent exister séparément ; elles suivent seulement comme accessoires la location du fonds auquel elles sont attachées. Dans cette catégorie rentrent encore les choses dont nous avions parlé plus haut en disant qu'elles n'étaient pas dans le commerce, telles que les places et les grands chemins; elles ne peuvent être ni vendues, ni affermées.

On ne peut louer un droit d'usage ou d'habitation, tandis qu'on peut affermer un droit d'usufruit de même qu'on peut le céder.

Les mines peuvent faire l'objet d'un bail à ferme, mais leur condition est régie par une disposition spéciale de la loi du 21 avril 1810. L'art. 7 de cette loi porte que « la mine ne pourra être vendue par lots ou partagée sans une autorisation préalable du gouvernement. » M. Troplong a soutenu, avec un arrêt de la chambre des requêtes de 1837, que la vente partielle seule était défendue et non la location partielle; l'opinion contraire est soutenue, avec raison, croyons-nous, par plusieurs auteurs, et la Cour de Cassation elle-même l'a consacrée par deux arrêts de 1844 et 1845.

Digitized by Google

La loi a voulu surtout empêcher la division de l'exploitation des mines, de cette exploitation qui, partagée, entraînerait souvent, comme le dit M. Marcadé, avec le plus grand danger d'éboulements et d'inondations, la perte d'une grande partie du minerai et le gaspillage du gîte par la multiplication des massifs de séparation et l'interruption des filons; elle nuirait en même temps à l'agriculture par l'emploi d'une plus grande partie de la superficie pour les puits, chemins, rigoles, dépôts de matériaux, etc.; or, comme cette exploitation désastreuse résulterait aussi bien de louages partiels que de ventes partielles, ce serait méconnaîre la pensée manifeste de la loi que de prendre dans un sens restreint ces mots de *mine partagée*, qui sont évidemment employés ici pour la jouissance aussi bien et plus encore que pour la propriété.

Peut-on donner à ferme un droit de chasse? — Dans l'ancien droit on ne le pouvait pas, les seigneurs n'ayant ce droit que *ob oblectamentum et non ad quæstum*. (Merlin, v° *Bail.*) Actuellement, on peut sans aucun doute affermer le droit de chasse indépendamment du fonds : c'est un démembrement du droit de propriété. Le droit de chasser dans les lieux communaux peut être loué par les maires, sous réserve de l'approbation préfectorale. (Décret du 25 prairial an XIII.)

Mais le fermier a-t-il le droit de chasser sur le fonds qui lui a été loué? La question est très controversée.

M. de Gasparin (*Guide du propriétaire rural*) lui accorde ce droit en le considérant comme un accessoire de la location du fonds; M. Duvergier fait de même (I, 73); M. Duranton veut que le propriétaire et le fermier en jouissent tous les deux; M. Troplong et la majorité des auteurs pensent qu'il appartient exclusive-

Digitized by Google

ment au propriétaire. Nous croyons que cette dernière opinion est la vraie.

La chasse n'est un fruit du fonds, nous dit le jurisconsulte Julien, qu'autant que le fonds est destiné à la chasse et que la chasse en est le revenu principal : sinon, c'est un simple droit voluptuaire. Dans les deux cas, l'usufruitier en jouira, puisqu'il profite de l'agrément comme le propriétaire lui-même ; mais il n'en est pas de même du fermier. Si l'objet du bail est une lande, une friche stérile dont on retire seulement en gibier un produit périodique, comme le remarque Cujas, le fermier aura le droit de chasse, puisque ce sera le moyen de se procurer l'unique émolument qu'il a voulu s'assurer. Mais s'il s'agit d'une ferme produisant des fruits et dont la chasse n'est pas mise en revenu ordinaire, le droit de chasse est une réserve voluptuaire conservée par le bailleur. Le fermier n'a droit qu'aux produits périodiques de la chose et aux accessoires utiles, tels que le droit de loger dans les bâtiments ; la chasse ne lui donne aucun secours pour l'exploitation du sol, et, sans prétendre avec les anciens que la chasse soit un privilège aristocratique, ou avec les canonistes qu'elle ne soit qu'un divertissement qui *deviat ab omni bono opere* (de Perusio), on peut dire en tous cas qu'elle n'est qu'un passe-temps d'oisif.

On s'est appuyé sur la loi du 28 avril 1790 sur la chasse dont l'art. 15 est ainsi conçu : « Il est pareillement libre, en tous temps, aux propriétaires ou possesseurs et même aux fermiers,... ». — Cet article, relatif aux moyens de diminuer la trop grande abondance de gibier dans l'intérêt des récoltes, est exceptionnel, et cette même loi de 1790, dans les art. 1, 13, 14, où elle règle les époques où la chasse est permise, et où elle l'autorise en tous temps dans les propriétés closes, ne

Digitized by Google

parle jamais que des *propriétaires ou possesseurs et de leurs terres closes ou non closes.* Elle exclut ainsi évidemment les fermiers et ne parle d'eux que par exceptions dans le cas prévu par l'art. 15; ce cas, comme nous venons de l'indiquer, est absolument distinct de celui dont s'occupent les autres articles. L'art 15 n'a trait qu'au droit de détruire les animaux nuisibles pour les récoltes : le reste de la loi parle au contraire du droit de chasse, c'est-à-dire d'un droit dont l'exercice a lieu le plus souvent lorsqu'il ne reste plus de récoltes sur pied et sans qu'il y ait lieu de se demander s'il y a ou non trop de gibier dans tel pays. — Nous pensons donc, avec la jurisprudence et la grande majorité des auteurs, que le droit de chasse appartient au propriétaire à l'exclusion du fermier. (Arrêt de cassation du 12 juin 1828.)

Nous ajouterons cependant une autre exception à celle que nous avions indiquée plus haut; lorsque, par exemple, une ferme est louée à une personne et que le propriétaire loue à une autre personne l'habitation avec les jardins, terrasses, parc qui en dépendent, il est bien certain que c'est l'agrément de l'objet qui est donné à bail, et que le preneur doit jouir de tous les agréments que comporte cet objet; le droit de chasse sera alors compris dans les accessoires du fonds loué.

Bien que nous ayons décidé que le fermier n'a pas le droit de chasse, nous ferons observer qu'il aura certainement le droit de se plaindre devant les tribunaux, en vertu de l'art. 8 de la loi de 1790, des délits de chasse que des tiers viendraient commettre sur son fonds. (Cassation, 9 avril 1836.)

Nous pensons qu'il faut appliquer au droit de pêche tout ce que nous avons dit du droit de chasse : admettre le même principe et les mêmes exceptions.

On ne peut prendre à bail sa propre chose ; il en était

Digitized by Google

ainsi à Rome, *rei suæ conductio nulla est*, et dans notre ancien droit. Celui qui est propriétaire n'ajouterait rien à son droit en prenant sa chose à loyer : cela ne pourrait s'expliquer et avoir de l'utilité que pour un nu-propriétaire.

Le co-propriétaire d'un bien indivis ne peut louer, même pour la part qui lui appartient, sans le consentement de ses co-propriétaires ; le bail, passé sans leurs concours, pourrait être annulé pour le tout.

Le louage de la chose d'autrui est valable, croyons-nous ; il en était ainsi dans notre ancienne jurisprudence, où il engendrait des obligations. On se fonde pour admettre cette décision sur ce que le bail n'est qu'un acte d'administration, et qu'on ne peut en conséquence lui appliquer la décision concernant la vente : l'équité et la bonne foi le demandent ainsi, et sans cela les relations les plus ordinaires de la vie civile se trouveraient entravées. Nous pensons que ces raisons doivent l'emporter sur la règle mise en avant par les adversaires de notre opinion, qu'on ne peut transmettre plus de droits que l'on n'en a soi-même ; la rigueur du principe doit fléchir devant l'intérêt social. Domat, Pothier, qui étaient bien moins favorables aux locataires et aux fermiers que les législateurs de 1804, admettaient que le vrai propriétaire était tenu de respecter les baux faits par le propriétaire apparent. Ce sont les mêmes raisons d'intérêt général qui font maintenir les baux faits par un acheteur à réméré et en général par toutes personnes qui ne sont propriétaires que sous condition résolutoire (art. 1773). C'est ainsi que le décident MM. Duranton, Duvergier, Troplong, etc.

Un arrêt de la Cour de Paris a décidé, en 1825, que le bail d'un chantier était un bail à ferme : tous les auteurs considèrent avec raison cette doctrine comme er-

Digitized by Google

ronée. Le bail à ferme est le louage d'un fonds produisant des fruits naturels ou industriels, et il est certain que le bail d'un chantier ne peut rentrer dans les termes de cette définition.

Les baux des biens nationaux, des biens des communes et des établissements publics sont soumis à des règlements particuliers (art. 1712). Nous n'entrerons pas ici dans le detail de ces divers règlements et des conditions spéciales auxquelles ces baux sont assujettis ; cela nous entraînerait trop loin et ne rentre pas immédiatement dans notre sujet, qui est de traiter du bail à ferme au point de vue du droit civil.

SECTION DEUXIÈME.

UN PRIX.

Le prix est un élément essentiel du bail, mais en quoi doit-il consister ?

Nous avons vu qu'à Rome, où il s'appelait plus spécialement *merces*, il pouvait consister en numéraire ou en denrées et prestations périodiques, quoique cette opinion ait rencontré des adversaires convaincus. Pothier admettait sans hésiter qu'il en était ainsi dans notre ancien droit en ce qui concernait les baux à ferme : « Le principe que, dans le contrat de louage, le prix doit consister en une somme d'argent, reçoit une exception à l'égard des baux à ferme d'héritages ; car le prix de la ferme de ces baux peut, au lieu d'une somme d'argent, consister en une certaine quantité de fruits. » (*Louage*, n° 39.)

Sans chercher à réfuter ici la distinction que Pothier

Digitized by Google

faisait entre les baux à loyer et les baux à ferme, nous déciderons que nous ne voyons aucun motif pour ne pas admettre que, sous l'empire du Code, le prix de toute espèce de louage puisse consister en autre chose qu'en argent, en prestations en nature. M. Duvergier soutient une opinion contraire, mais celle que nous adoptons est suivie non seulement par les auteurs qui, comme M. Marcadé, admettent que le prix de la vente peut consister en denrées, mais même par ceux qui exigent que le prix de la vente soit en argent monnayé (M. Troplong). Nous avons déjà traité cette question en droit romain, et nous ajouterons seulement qu'on ne voit aucune raison pour qu'il n'en soit pas ainsi sous l'empire de notre loi moderne. Comment, ainsi que le remarque M. Marcadé, pourrait-on ne pas voir des louages dans cette foule de baux qui se font si fréquemment pour des redevances en nature ? Et le Code ne traite-t-il pas du colonage partiaire dans le titre de louage ? — Nous ferons seulement observer qu'il faut que les choses constituant le prix soient données en toute propriété et non pas seulement en jouissance : sans cela, ce ne serait plus qu'un contrat innommé se rapprochant du louage et de l'échange.

Il est évident, *à fortiori*, que le prix peut consiste partie en argent, partie en denrées, telles que fruits, oiseaux de basse-cour, etc., ce qui a lieu si fréquemment.

Le prix du bail, comme celui de la vente, doit être sérieux, stipulé avec l'intention de l'exiger ; le bail n'existerait pas s'il avait été consenti pour une somme insignifiante, *nummo uno*. Mais, au contraire de ce qui a lieu dans la vente, la vileté du prix n'est pas une cause de rescision du contrat ; le législateur a pensé, avec raison, que le motif de l'art. 1674 n'existait pas

Digitized by Google

dans le bail, et que, si un propriétaire, pressé par le besoin d'argent, peut se laisser entraîner à vendre un bien au-dessous de sa valeur, il ne se laissera pas aller à le louer un prix trop modique. Aussi un arrêt de la Cour de Cassation a décidé qu'un bail fait pour un canon inférieur à la moitié de la véritable valeur du fermage ne pouvait être annulé pour vileté du prix. (Cass., 12 mars 1824.)

Il doit être également certain, c'est-à-dire déterminé au moment du contrat. Serait donc nul le bail où l'on aurait laissé la détermination du prix à l'arbitrage de l'une des parties ; il n'y aurait pas de prix en réalité. puisque la partie désignée resterait libre de ne pas en fixer. — Mais, de même que dans la vente, le prix serait suffisamment déterminé, s'il était remis à l'appréciation d'un tiers désigné au moment du contrat.

Si le tiers désigné ne peut ou ne veut fixer le prix, le contrat sera-t-il nul ? Dans la vente il n'y a pas de doute, et l'on pourrait être tenté d'appliquer la même règle au bail à ferme : d'autant plus que la loi au Code, *De Cont. Empt.*, qui formule pour la vente le principe admis par l'art. 1592 de notre Code, en faisait application au louage. Pothier donne cependant une solution contraire : « Dans le contrat de louage, dit-il, *puta* d'une maison ou d'une métairie, le locateur qui n'est pas à portée de l'occuper ou de l'exploiter par lui-même étant pressé de la louer, et le conducteur de son côté ayant besoin de se pourvoir, on doit présumer que lorsque les parties s'en sont rapportées à une personne pour le prix du loyer ou de la ferme, leur intention n'a pas été que le contrat n'eût pas lieu, si elle ne faisait pas l'estimation ; mais qu'elle a été, au contraire, qu'il aurait lieu pour le prix qui serait estimé par d'autres experts. »

Digitized by Google

Les motifs de Pothier sont équitables et fort sérieux ; mais il peut arriver que cette hâte du locateur et du fermier de contracter ensemble ne se rencontre pas dans l'espèce ; alors comment décider ? Par les circonstances, croyons-nous, qui ont précédé le contrat et par les autres clauses qui pourront faire connaître la volonté des parties : par exemple, on considèrera si le terme pour entrer en jouissance est prochain, et si le locateur trouverait difficilement un autre fermier, et le fermier un autre fonds à louer.

Le prix du bail peut parfois n'être pas exprimé dans le contrat et n'être que tacitement convenu ; il en est ainsi lorsque le prix du loyer de certaines choses est réglé par l'usage des lieux. Dans les tacites réconductions, ou tout est tacitement convenu, le prix est censé le même que celui de la location précédente.

SECTION TROISIÈME.

DU CONSENTEMENT.

Comme dans la vente, le consentement des parties doit exister sur la chose et sur le prix ; mais il doit intervenir en outre sur la durée, qui est un élément essentiel du bail.

Les parties doivent être d'accord sur le contrat lui-même, et il n'y aurait pas concours de volontés si l'un des contractants croyait louer et l'autre acheter.

Il en est de même si je crois vous donner à ferme ma propriété de Bordeaux et que vous pensiez qu'il s'agit de celle de Périgueux, parce qu'il n'y a pas consentement sur la chose louée. L'erreur sur les qualités subs-

Digitized by Google

tantielles de la chose suffit également, mais non l'erreur qui ne porte que sur des qualités accessoires, comme si l'on croit louer une terre lorsqu'il s'agit d'une prairie ou des terrains bons au lieu de médiocres : dans le premier cas il n'y a pas de contrat, dans le second le bail existe. On doit aussi être d'accord sur l'usage pour lequel la chose est louée.

Le consentement doit en outre porter sur le prix ; si donc le fermier ne voulait donner que mille francs de ferme et que le propriétaire en voulût deux mille, il n'y aurait pas formation du contrat. Si c'était l'inverse et que le bailleur eût cru louer pour mille francs et le fermier pour deux mille, le bail serait parfaitement valable, car celui qui consent à donner deux mille francs de loyer consent à plus forte raison à en donner mille ; ces mille francs sont compris dans les deux mille qu'il voulait donner.

Le consentement doit enfin porter sur la durée du bail. Le plus souvent cette durée sera exprimée dans le bail lui-même ; sinon, elle peut s'induire des circonstances et des clauses particulières, et le Code nous indique (art. 1774) des présomptions légales du temps pour lequel sont consentis certains baux. L'art. 1709 exige que le bail ne soit consenti que *pour un certain temps*. Nous savons qu'autrefois on était au contraire favorable aux baux de longue durée et même perpétuels ; le Code admet bien les baux de longue durée, mais non les baux perpétuels. « La perpétuité, dit M. Troplong, répugne à nos idées ; elle est incompatible avec les principes de liberté que les lois modernes ont établis pour les choses comme pour les personnes. » Le plus souvent les baux ont lieu pour 3, 6, 9 années ; pour les baux à ferme cependant, la durée des baux est bien plus longue, et c'est avec raison que les écono-

Digitized by Google

mistes et les agronomes se sont efforcés de faire entrer l'usage des baux de longue durée dans la pratique.

Le bail peut être consenti à vie, et il faudra alors dans certains cas examiner les clauses spéciales du contrat pour décider s'il n'y a pas une constitution d'usufruit ; mais le seul fait d'avoir abandonné la jouissance à une personne pour toute sa vie ne suffit pas pour enlever au contrat le caractère d'un bail. On peut même faire un bail pour la vie de plusieurs personnes successivement ; mais, s'il était stipulé pour plus de trois têtes, il donnerait lieu au rachat, comme touchant à ces charges d'une durée excessive dont la loi du 18 décembre 1790 a voulu débarrasser la propriété foncière.

Un bail dont la durée, quoique indéfinie, est subordonnée à une condition casuelle, n'est pas un bail perpétuel. Il existe encore, dans le Limousin et dans l'Alsace, des *baux héréditaires* ou à *colonage perpétuel*. Quand la ligne directe vient à s'éteindre, le colonage perpétuel est résolu ; car, ainsi que le fait remarquer M. Troplong, il n'est perpétuel que de nom et ne passe pas aux branches collatérales. « Il en est de même du bail héréditaire : il porte la mort dans son sein, puisqu'il est destiné à périr avec la race du fermier. »

Pour être valable, le consentement doit émaner de personnes capables et agissant dans les limites de leur capacité.

Les mineurs et les interdits ne peuvent ni donner ni recevoir à loyer ; il en est de même de la femme non séparée, à moins de circonstances qui fassent présumer qu'elle n'a agi que dans les limites de l'administration domestique.

Les mineurs émancipés, les personnes pourvues d'un

Digitized by Google

conseil judiciaire sont au contraire capables de contracter un bail, ainsi que la femme séparée de biens ; le pouvoir de donner à bail est une conséquence du pouvoir d'administrer.

Il faut appliquer au mari, au tuteur et au mineur émancipé les dispositions des art. 1429 et 1430 : l'art. 1718 nous l'indique formellement. Ils ne peuvent consentir des baux de plus de neuf années ; mais les baux passés pour plus de neuf ans ne sont pas nuls : la femme et le mineur ont la faculté de les faire cesser à l'expiration de la période de neuf ans courant au moment de la dissolution de la communauté ou de la majorité.

L'usufruitier a le droit de louer la chose qui fait l'objet de son usufruit, mais son pouvoir n'est pas aussi entier que celui du propriétaire, et il ne peut la louer que pour servir aux usages auxquels elle sert habituellement ; telle est aussi l'étendue de la capacité du preneur qui sous-loue.

De nombreuses incapacités frappaient autrefois certaines personnes relativement à certains biens. A Rome, les soldats ne pouvaient prendre à ferme des biens de campagne, nous l'avons déjà constaté, *ne à signis avocarentur*, et les fermiers des impôts publics n'étaient pas admis à les prendre à ferme de nouveau tant qu'ils n'étaient pas quittes de leurs fermes. — En France, les étrangers n'étaient pas admis jadis à prendre la ferme des revenus publics ; les officiers du roi et leur famille, ainsi que les gentilshommes, ne pouvaient affermer les biens dépendants des bénéfices ; certaines personnes ne pouvaient se rendre preneurs de baux judiciaires, etc. ;

Actuellement, les tuteurs ne peuvent prendre à bail les biens de leurs pupilles sans l'autorisation du conseil

Digitized by Google

de famille, et les personnes auxquelles l'art. 1596 défend de se rendre adjudicataires de certains biens ne peuvent pas non plus, en général, en devenir les locataires ou fermiers ; l'art. 450 nous en fournit un exemple.

Digitized by Google

CHAPITRE DEUXIÈME.

FORME ET PREUVE DU BAIL.

Le bail n'est assujetti à aucune forme spéciale, et, étant un contrat consensuel, peut se former verbalement ou par écrit (art. 1714). Les actes qui en sont dressés, soit sous signature privée, soit par devant notaire, ne sont interposés que pour servir de preuve du contrat ou pour acquérir des droits d'hypothèque et d'exécution.

C'est ce que nous dit le conseiller d'État Galli dans l'exposé des motifs au Corps législatif, et le tribun Jaubert ajoute avec raison « qu'on a toujours reconnu que, le louage étant un contrat consensuel, on pouvait louer verbalement comme par écrit, et que le projet ne pouvait changer ces idées qui sont déduites de la nature des choses, l'obligation existant dans la conscience des contractants dès le moment où le consentement réciproque est formé. »

Nous observerons cependant que si l'intention des parties avait été de subordonner l'existence du bail à la rédaction d'un acte authentique, le bail ne prendrait naissance qu'à partir de cette rédaction. — En outre, le bail étant un contrat synallagmatique, il faut, conformément à l'art. 1325, deux écrits dans le cas de sous-seing privés.

Les baux peuvent aussi être contractés judiciairement. Les baux judiciaires, fort en usage autrefois, comme nous l'apprend Pothier, n'ont presque plus d'applications. L'art. 1712 nous indique, en effet, que

Digitized by Google

les baux des établissements publics et des biens nationaux sont soumis à des formes réglées par des lois spéciales ; les tuteurs ont le droit de louer les biens des mineurs ; et la possession des biens saisis restant au saisi jusqu'à la vente, il a le droit d'administrer, sauf aux créanciers à surveiller l'exercice de ce droit et à intervenir s'il y a lieu. Actuellement il n'y a donc guère plus de bail judiciaire que dans le cas où plusieurs co-propriétaires, ne s'entendant pas sur le choix d'un fermier, recourent au bail par licitation et à une adjudication du plus offrant.

Les art. 1715 et 1716 s'occupent de la preuve du bail, et, ici, nous entrons dans une matière régie par des lois exceptionnelles qui doivent être interprétées strictement.

Le législateur a, par ces articles, dérogé aux règles ordinaires de la preuve, et nous dit en premier lieu que « si le bail *fait sans écrit* n'a encore reçu aucune exécution et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut en être reçue, quelque modique que soit le prix et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail. » Ainsi la loi prohibe dans ce cas la preuve testimoniale d'une façon absolue, même au-dessous de 150 francs, et la discussion du Code civil nous apprend que cette mesure a été introduite pour éviter des contestations dispendieuses sur des objets de peu de valeur et dans une matière où tout est urgent. « Notre projet le défend, dit M. Jaubert, et cette innovation nous a paru extrêmement sage ; elle sera surtout utile pour cette classe nombreuse qui ne peut louer que des objets d'une valeur modique : un procès est leur ruine. Il faut tarir la source de ces procès en proscrivant dans cette matière la preuve testimoniale. »

Digitized by Google

On a discuté quelque temps sur le point de savoir si l'on ne pouvait pas faire interroger sur faits et articles la partie qui nie le bail. En présence des termes précis de l'art. 1715, certains auteurs et un arrêt de la Cour de Rennes de 1812 avaient admis que le législateur prohibait tout autre mode de preuve que la délation du serment. Nous croyons que cette opinion n'est pas exacte ; les termes dont se sert l'art. 1715 : « Le serment pourra seulement... », expriment une opposition d'idée qui peut se rapporter aussi bien à la preuve testimoniale qu'à l'interrogatoire sur faits et articles. Et nous avons, comme raison déterminante, la disposition formelle de l'art. 324 du Code de Procédure civile, qui permet l'interrogatoire *en toutes matières*, aussi bien pour celles dans lesquelles la preuve testimoniale est admise que pour les autres. Nous ajouterons qu'aucun des motifs qui ont fait interdire ici la preuve par témoins n'est applicable à l'interrogatoire qui, au contraire, a les mêmes avantages et n'a pas plus d'inconvénients que le serment. C'est ce que décident presque tous les auteurs, MM. Duranton, Duvergier, Marcadé, Aubry et Rau, et c'est l'opinion adoptée par la Cour de Cassation dans un arrêt du 12 janvier 1864.

Une autre question importante est celle de savoir s'il faut admettre la preuve testimoniale pour établir l'existence du bail, si elle est appuyée d'un commencement de preuve par écrit. La doctrine est fort divisée et la jurisprudence également ; nous pensons qu'elle ne doit pas être admise.

L'art. 1715 est formel et déroge, croyons-nous, aussi bien à l'art. 1347 qu'à l'art. 1341, et cela nous paraît d'autant plus certain qu'il ne faut pas voir dans ces deux articles deux règles distinctes, mais une véritable

Digitized by Google

théorie de la preuve, contenant une règle et des exceptions. Comme le dit très bien M. Guillouard (*Revue pratique*, 1873), admettre l'opinion contraire, c'est méconnaître toute l'économie de la section II du chap. VI, livre III, du Code civil, section qui renferme une règle unique, posée dans l'art. 1341, et des exceptions contenues dans les art. 1347 et 1348 : « La règle, c'est l'admission de la preuve testimoniale au-dessous de 150 francs ; l'exception de l'art. 1747, c'est l'admission de la preuve testimoniale même au-dessus de 150 francs, lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit. » Cette connexité est encore plus frappante, si l'on considère les articles 2 et 3 du titre XX de l'ordonnance de 1667 à laquelle nos articles sont empruntés.

L'art. 1715 vient apporter une exception à cette règle générale et repousse ainsi toute la théorie de la preuve et non pas une partie seulement. Si le Code avait voulu admettre l'exception, tout en proscrivant la règle, il s'en serait évidemment formellement expliqué. Notre opinion est, du reste, corroborée par le passage du discours de M. Jaubert, que nous citions tout à l'heure, et par le rapport du tribun Mouricault, qui déclare « que la disposition de la loi est fondée sur les inconvénients particuliers de la preuve testimoniale en cette matière, *où tout est urgent* » (*Sic,* MM. Duranton, Troplong, Marcadé, Larombière, Arrêt de Cassation, février 1873; Paris, mai 1862; Nancy, août 1871; — *Contra,* MM. Delvincourt, Duvergier, Aubry et Rau ; Cassation, req. 1867 ; Rouen, 1873.)

Lorsque le bail a reçu un commencement d'exécution, les règles générales de la preuve doivent être appliquées, nos articles n'ayant pas été édictés pour ce cas.

L'art. 1716 apporte cependant encore une excep-

Digitized by Google

tion lorsqu'il s'agit de prouver le prix ou la durée du bail; la preuve testimoniale est de nouveau proscrite, quoiqu'il y ait un commencement d'exécution. Un arrêt de la cour de Bordeaux notamment a décidé que la durée et le prix d'un bail qui a reçu un commencement d'exécution ne peuvent être prouvés par témoin, même avec un commencement de preuve par écrit. (Bordeaux, 29 juillet 1875, *Journal des arrêts de la Cour de Bordeaux*, 1875, p. 271.)

Dans ce cas, s'il n'existe point de quittance, le propriétaire sera cru sur son serment relativement au prix, nous dit l'art. 1716, à moins que le fermier ne demande l'estimation par des experts ; mais afin d'empêcher que le fermier ne demande une expertise sans motifs sérieux, la loi décide qu'il en supportera les frais si l'estimation excède le prix qu'il a déclaré. La durée sera déterminée en se conformant aux présomptions établies par l'art. 1774 ; plusieurs arrêts l'ont décidé ainsi.

Digitized by Google

CHAPITRE TROISIÈME.

NATURE DU DROIT DU FERMIER, ET DROIT DE SOUS-LOUER.

Nous allons examiner une question importante par les discussions auxquelles elle a donné lieu, mais sur laquelle la jurisprudence et la majorité des auteurs semblent à peu près fixés. Il s'agit de déterminer le caractère, la nature du droit du fermier, ou en général du preneur, et de décider si c'est un droit personnel ou un droit réel.

M. Troplong, le premier, a soutenu que le droit du preneur, qui avait toujours été considéré à Rome et dans notre ancien droit comme un droit personnel, avait revêtu sous l'empire du Code un caractère de réalité ; et, mettant au service de cette opinion toute sa conviction et sa science juridique, il a fait les plus grands efforts pour la faire triompher. Un certain nombre d'auteurs l'ont suivi dans cette voie : nous citerons parmi eux M. Demangeat et M. Jozon.

Avant d'entrer dans la discussion même, examinons les précédents historiques.

A Rome, le droit du preneur était extrêmement fragile ; la loi *Æde* donnait au bailleur le droit d'expulser son locataire lorsqu'il voulait habiter lui-même la maison, et, d'après la fameuse loi *Emptorem*, le tiers acquéreur n'était pas tenu de respecter le bail. Si le propriétaire vendait une maison ou un autre héritage qu'il avait louée ou baillé à ferme, le contrat était rompu par ce changement de propriétaire, et l'acheteur pouvait user et disposer de la chose comme bon lui

Digitized by Google

semblait (Domat). Il en était de même du légataire, et aussi de l'usufruitier auquel le bailleur avait constitué un droit d'usufruit dans l'héritage : *ad exemplum venditionis potest usufructuarius conductorem expellere*. Pothier nous dit que la raison en est que le droit d'usufruit étant un droit dans l'héritage même, il ne peut être empêché dans l'exercice de ce droit par le locataire ou fermier, qui n'a de sa part aucun droit dans l'héritage, mais seulement un droit contre le locateur résultant de l'obligation personnelle que ce locateur a contractée envers lui par le bail.

La même doctrine régnait sans conteste dans notre ancienne jurisprudence, et Pothier nous déclare que le droit de preneur n'est qu'un droit de créance personnelle, que c'est un *jus ad rem*, et qu'ainsi le conducteur n'a aucun droit dans la chose et pas même la possession de cette chose. (*Louage*, n° 285.) Et plus loin il ajoute : « Le fermier n'ayant aucun droit dans l'héritage, l'acheteur de l'héritage donné à bail n'est pas tenu de l'entretenir. »

Exposons le premier système, celui de M. Troplong.

A Rome et dans notre ancien droit, disent ses partisans, le preneur n'avait qu'un droit de créance. La conséquence qui en découlait était que, ce droit n'affectant pas la propriété de la chose louée, cette propriété pouvait passer pleine et libre entre les mains du tiers acquéreur ; ce dernier n'était pas non plus tenu de l'obligation de faire jouir le preneur, car les acquéreurs à titre particulier ne succèdent point aux obligations de leur auteur.

L'art. 1743 du Code civil rejette au contraire cette conséquence, en disant que le droit du preneur est opposable aux tiers : il faut évidemment dire que, puisque notre Code adopte des conséquences diamétrale-

Digitized by Google

ment opposées, il part d'un principe absolument contraire. Il admet donc que le droit de conducteur est un droit réel, un droit dans la chose : tout droit absolu est un droit réel et celui conféré au preneur par l'art. 1743 a ce caractère, car le droit réel est défini par les docteurs : *facultas hominis in rem competens sine respectu ad certam personam.* (Huberus, *sur les Institutes.*)

L'art. 684 du Code de procédure civile vient encore, ajoute-t-on, confirmer notre interprétation de l'art. 1743. Dans le cas d'une saisie du bien affermé opérée par les créanciers du bailleur, l'art. 684 décide que le bail est opposable aux créanciers saisissants et qu'ils doivent le respecter pour le tout s'il a acquis date certaine avant le commandement. Comment expliquer ce droit de préférence ? Ce n'est évidemment pas par une simple créance de jouissance.

L'art. 1743 a donc opéré une révolution complète dans la nature du droit de preneur ; tout en ayant conservé par mégarde sans doute, dans l'art. 1709, la définition du louage que donnait Pothier et en y parlant de l'obligation *de faire jouir*, le législateur a montré par l'art. 1743 son véritable sentiment. Sans doute il eût été préférable qu'il s'en expliquât plus clairement, mais il est bien d'autres matières aussi importantes où le Code présente de l'obscurité.

« Moi aussi, dit M. Troplong, je voudrais que le législateur montrât son infaillibilité autant dans la conception de la pensée légale que dans la formule qui la revêt. Combien cette perfection rendrait plus simple et plus coulante la tâche de l'interprète !! Mais qui ne sait que la prévoyance de la loi se trouve trop souvent en défaut, et sans sortir du Code civil, n'y a-t-il pas dans cette œuvre, si remarquable du reste, des lacunes sans nombre, des réticences pleines d'embarras, des inco-

Digitized by Google

hérences inexplicables ? Mon contradicteur M. Duvergier a-t-il oublié que la théorie de la transcription, établie par la loi de l'an VII et si favorable à la stabilité des mutations d'immeubles, a été écartée par les rédacteurs du Code par une espèce d'escamotage qui laisse dans plusieurs de ses dispositions un défaut d'unité dont tous les bons esprits sont frappés ? Est-ce que M. Duvergier lui-même n'a pas signalé la rédaction *équivoque* du Code civil dans les dispositions par lesquelles il a modifié ce système de la loi de brumaire an VII ? Et plus tard, lorsque le législateur, revenant sur lui-même, eût été poussé à réformer une partie de ce qu'il avait fait, son langage et sa pensée ont-ils été bien nets et bien francs dans les art. 883 et 884 du Code de procédure civile ? Et cependant il ne s'agissait rien moins dans tout ceci que d'une des bases fondementales de la propriété et du crédit !!!

» Mais j'arrive à la définition que le Code civil a donnée de la vente (art. 1582) : de la vente, disais-je, qui, chez nous, a des effets si différents de ceux que l'ancien droit lui attribuait. Et qu'y trouvé-je tout d'abord ? précisément une définition conforme à celle qu'en donnait Africain !! Il est vrai que l'intention du législateur ne tarde pas à se révéler par d'autres textes qui démontrent que les expressions de l'art. 1582 ne correspondent pas à l'idée qu'il voulait rendre et qu'il s'est laissé influencer dans son langage par le langage de ses prédécesseurs. Eh bien, c'est aussi ce que je dis de l'art. 1709 : sans doute il est copié dans Pothier comme l'art. 1582 était copié dans les lois romaines. Mais l'art. 1743 vient ensuite pour en modifier la portée et en expliquer la formule incomplète. »

M. Troplong ajoute encore que les mots *s'oblige à faire jouir* de l'art. 1709 ne lui paraissent en aucune

Digitized by Google

façon devoir nécessairement exclure la pensée de la transmission d'un droit réel. La preuve en est que la clause *promettre de faire jouir* se trouvait jadis dans tous les baux à rente, qui cependant transféraient la propriété.

Nous répondrons de la manière suivante à cette théorie, avec la jurisprudence et presque toute la doctrine :

Les précédents d'abord sont pour nous ; il est incontestable, et les partisans de l'opinion adverse l'avouent en essayant de s'en faire une arme en leur faveur, qu'on a toujours considéré le droit de preneur comme un droit personnel. Il en a été ainsi même sous l'empire de la loi de 1792, ainsi que je le montrerai plus loin. Eh bien ! quelques reproches d'obscurité ou de contradictions partielles que l'on puisse adresser à l'œuvre du législateur de 1804, il faut au moins convenir qu'en présence d'une œuvre aussi magistrale et d'une aussi grande valeur, il ne faut pas supposer les incohérences, et qu'il ne faut les admettre que lorsqu'elles sont bien évidentes. — Pour qu'il en fût ainsi dans la question qui nous occupe, il faudrait que le raisonnement de nos adversaires fût absolument inattaquable et qu'on ne pût concilier les dispositions de l'article 1743 avec la personnalité du droit de preneur.

Or, en est-il ainsi ? Non certainement, et l'impossibilité d'expliquer les dispositions de la loi est purement imaginaire. En notre matière, la loi a dérogé au droit commun, aux principes ordinaires sur l'effet des conventions, et elle a voulu, par un motif d'équité et afin d'assurer dans des vues d'intérêt général la liberté et la sécurité du preneur, que l'acquéreur de la chose louée fût personnellement associé aux obligations du bailleur. — Dans la vente faite aux tiers acquéreurs,

Digitized by Google

on pouvait autrefois insérer cette obligation d'entretenir le bail : le Code a voulu que cette obligation s'y trouvât sous entendue, à moins de convention contraire. C'est une disposition toute de faveur.

Et nous en trouvons la preuve dans les travaux préparatoires. Le conseiller d'État Galli, après avoir dit que l'art 1743 déroge à la règle de la loi *Emptorem fundi*, ajoute : « Cette loi *Emptorem fundi* avait bien son motif, mais il n'était après tout qu'une subtilité ; et par cet article combien de contestations ne va t-on pas écarter ! » Le tribun Mouricault était encore plus catégorique : « Mais qu'importent ces considérations, disait-il, (celles sur lesquelles s'appuyait la loi *Emptorem*) ? N'est-il donc pas de principe qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même ? Le vendeur qui, par un bail constaté, s'est dessaisi pour un temps convenu de la jouissance de sa chose, et dont l'obligation principale est de faire jouir le preneur, peut il donc vendre ou léguer à un tiers sa propriété dégagée de cette obligation ? On croyait ainsi favoriser les ventes ; et l'on décourageait les établissements d'agriculture, d'usines et de manufactures. » Et le tribun Jaubert dit aussi « que cette innovation était appelée par l'intérêt public, surtout à l'égard des baux ruraux. Les baux à longues années sont les plus favorables à l'agriculture : ce sont eux qui invitent le plus les fermiers à faire à la terre des avances dont ils seront certains d'être remboursés. Qu'est-ce qui importe le plus à l'Etat ? sont-ce les mutations parmi les propriétaires ? Non, sans doute : la bonne culture, l'entretien des canaux ; le perfectionnement des dessèchements, la création des prairies artificielles, etc... »

Cette décision du Code est-elle donc si extraordinaire, même en regard des principes anciens ? Mais l'ancienne

Digitized by Google

jurisprudence elle-même avait admis plusieurs exceptions au principe que le successeur à titre singulier n'était par obligé d'entretenir le bail fait sans auteur. Pothier en énumère au moins cinq, parmi lesquelles celle qui concerne l'acquéreur d'un fonds appartenant au fisc : la clause d'entretenir le bail, quoique non exprimée au contrat de vente, y était sous-entendue.

Le droit intermédiaire avait cherché également à appliquer cette décision, et une loi de l'Assemblée constituante avait admis une exception en faveur des biens ruraux. Si les baux n'excédaient pas six années, le nouvel acquéreur ne pouvait troubler le fermier ; si les baux excédaient six années, l'acquéreur était autorisé à faire cesser le bail, toutefois avec des tempéraments, et après avoir payé une préalable indemnité. Il fallait compléter la réforme, comme le dit M. Jaubert ; le principe ancien était que l'acquéreur pût déposséder le fermier : le principe nouveau est qu'il ne puisse le faire, sauf convention contraire, bien entendu.

C'est donc dans un but d'intérêt public, dans le but de favoriser surtout les locataires et les fermiers, que le législateur de 1804 a édicté l'art. 1743. Rien n'est changé dans la nature du droit du preneur : il reste personnel comme à l'origine, puisqu'il continue d'avoir pour fondement l'obligation dont il est né. Le tiers acquéreur est naturellement et justement obligé d'entretenir le bail comme le bailleur, puisqu'il est subrogé implicitement à tous les droits de ce dernier.

Passons à l'argument tiré de l'art. 684 du Code de proc. civ. Nous ne dirons pas que les créanciers saisissants sont associés aux obligations du bailleur, mais nous répondrons que déjà la règle de l'art. 684 existait dans l'ancien droit, où pourtant la personnalité du droit du preneur était incontestable et incontestée. En principe il

Digitized by Google

n'aurait pas dû en être ainsi, ainsi que l'avouait Pothier, « et il n'aurait dû rester au preneur d'autre ressource que de venir à l'ordre avec les autres créanciers, pour les dommages que lui devrait le bailleur pour inexécution du bail; mais par un tempérament d'équité, la loi voulait qu'il pût conserver le bénéfice de son contrat. » (*Cout. d'Orléans*, *des criées*, n° 52.)

C'était donc, alors comme aujourd'hui, un tempérament d'intérêt général que la loi apportait à la rigueur des principes.

Nous dirons enfin que la loi de 1855, qui a soumis à la formalité de la transcription les baux de plus de 18 ans, de même que les actes translatifs ou constitutifs de droits réels, loin de pouvoir être invoquée contre notre opinion, la confirme absolument. La discussion qui l'a précédée le prouve d'une façon complète, et le rapporteur, M. de Belleyme, disait qu'il importait que le droit du preneur fût public, puisque, *bien qu'il soit purement personnel*, il est opposable aux tiers.

Signalons une conséquence qui prouve l'inexactitude de l'opinion qui admet la réalité du droit du preneur. Si le preneur a un droit réel sur la chose, l'acquéreur n'est tenu que de le *laisser jouir :* il ne peut être obligé de le *faire jouir*. M. Troplong, il est vrai, n'admet pas cette conclusion, qui nous paraît pourtant certaine : les droits réels établis sur la chose d'autrui n'imposent au propriétaire qui les subit que des obligations négatives. — Le droit du preneur est donc personnel, car nous savons que l'acquéreur est tenu, de même que le bailleur, de *faire jouir* le preneur ; c'est ce qui résulte de la loi, et le passage que nous avons cité plus haut du tribun Mouricault, le dit expressément.

Certains auteurs cependant, tels que MM. Aubry et Rau, tout en admettant la personnalité du droit du

Digitized by Google

preneur, ne croient pas que l'acquéreur soit tenu *de le faire jouir*, parce que l'ayant-cause à titre particulier n'est jamais tenu des dettes de son auteur. Nous pensons que là n'est pas la vérité, et que l'acquéreur qui succède aux *droits personnels* du bailleur, succède également à ses *obligations*, ces droits et ces obligations étant, comme le dit M. Demangeat, indivisibles.

La doctrine qu'ont admise les art. 1725, 1726 et 1727 sur la garantie que le bailleur doit au preneur est absolument la même que celle exposée par Pothier, et qu'il regardait comme une conséquence du principe que le preneur n'a qu'un droit personnel. Or, il nous est impossible d'expliquer autrement les dispositions de la loi, qui sont formelles; nous devons donc encore en conclure que cette théorie implique nécessairement le maintien du principe que le preneur n'a aucun droit dans la chose louée.

Nous ajouterons, pour terminer l'examen de cette question, que si l'on admet que le droit du preneur est réel, il faut admettre également qu'il est immobilier; nous pensons au contraire que puisqu'il consiste dans une simple créance de jouissance, il est mobilier, car son objet est essentiellement mobilier, puisque c'est l'obligation où se trouve le bailleur de faire jouir. « L'action du fermier, disait Pothier, n'a pour objet que d'être mis à même de percevoir les fruits, lesquels, devenant meubles par la perception, le forcent de se contenter d'un droit mobilier, c'est-à-dire d'un droit qui tend à acquérir des meubles. » M. Colmet de Santerre cependant, tout en admettant la personnalité du droit du preneur, prétend qu'il est immobilier, en se fondant sur ce que la nature d'une créance dépend de la nature de l'objet dû, qu'il s'agisse de la propriété ou de la jouissance. Cela n'est pas exact, car l'obligation du bailleur est une

Digitized by Google

obligation de faire, et un fait est mobilier et non immobilier.

Parmi ceux qui ont suivi la doctrine de M. Troplong, il en est qui l'ont un peu modifiée, en déclarant que le droit du preneur était un droit mixte qui serait personnel dans son ensemble et contre le bailleur, mais réel dans des circonstances exceptionnelles et vis-à-vis des tiers. (V. entre autres M. Jozon, *Revue pratique*). Ces auteurs admettant comme nous, par exemple, que le droit du preneur tombe dans la communauté, expliquent cette conséquence en disant que le droit réel et immobilier tombe dans la communauté comme accessoire du droit personnel et mobilier, de même que l'hypothèque qui garantit une créance. Mais cette théorie doit être rejetée, la distinction entre les droits réels et les droits personnels résultant de la nature des choses : ces deux droits sont opposés par essence, et il répugne à la raison d'admettre cette combinaison. — Nous l'avons déjà dit, l'obligation du bailleur est une obligation de faire, et un fait étant mobilier, le droit du preneur est un droit de créance et un droit mobilier.

DE LA CESSION DU BAIL ET DE LA SOUS-LOCATION.

Le droit de jouissance conféré par le bail n'est pas attaché exclusivement à la personne du preneur ; il le transmet à ses héritiers et peut le céder à des tiers.

L'art. 1717 lui reconnaît expressément ce droit, en disant que le locataire ou le fermier peuvent sous-louer et même céder leur bail à un autre, si cette faculté ne leur a pas été interdite.

Certains auteurs n'ont vu que peu de différences entre la cession et la sous-location ; pour eux ces deux expressions sont presque synonymes, et la seule distinction qu'ils admettent, c'est que *sous-louer*, c'est céder une

Digitized by Google

partie de la chose louée, tandis que *céder son bail*, c'est louer la chose en totalité.

Il n'en est pas ainsi ; par la cession, le preneur met absolument en son lieu et place le cessionnaire, qui acquiert ainsi tous ses droits et est soumis à toutes ses obligations. Dans la sous-location, au contraire, c'est un nouveau contrat qui se forme, entièrement distinct du premier quant à ses clauses particulières et à ses effets. En l'absence de convention spéciale, ce nouveau contrat sera régi par les règles ordinaires du bail, alors même que le sous-locateur serait astreint à des obligations particulières envers le locateur primitif, ou aurait des droits plus étendus que ceux conférés par la loi au preneur.

Ce qui prouve bien, du reste, l'inexactitude du système que nous repoussons, c'est que la sous-location peut être totale et la cession partielle : c'est incontestable.

Les conséquences de la différence qui existe entre la sous-location et la cession de bail sont nombreuses et importantes.

Le sous-fermier peut invoquer l'art. 1720 et demander que la chose lui soit livrée en bon état de réparation ; le cessionnaire est obligé de la recevoir dans l'état où elle se trouve.

Le sous-locataire jouit, pour le prix des fermages, du privilège établi par l'art. 2102, n° 1, tandis que le cédant ne peut évidemment pas l'invoquer.

Les clauses particulières insérées dans le bail primitif peuvent être invoquées par le cessionnaire et lui être opposées, tandis que le sous-locataire n'a pas le droit d'en profiter et n'est pas obligé de les subir, s'il n'y a pas de conventions spéciales à ce sujet.

Il est enfin une autre différence, mais qui n'est pas admise par tous les auteurs. La cession établit des liens

Digitized by Google

étroits entre le cessionnaire et le bailleur, et ils peuvent agir directement l'un contre l'autre pour l'exécution des premières conventions. Il n'en est pas de même, prétend-on, dans les sous-locations. Nous pensons cependant que bien que le sous-bail constitue une location nouvelle, il n'en crée pas moins des rapports directs. Dans les limites du sous-bail, le bailleur originaire a une action directe contre le sous-fermier pour l'exécution de ses engagements, et il n'en est pas réduit à exercer seulement les actions du fermier en vertu de l'art. 1166. Les adversaires de cette opinion ont dit qu'on ne pouvait l'admettre, puisque le sous-fermier n'avait pas traité avec le propriétaire; — nous répondons que cette action, créée par l'art. 1753 qui sans cela serait inutile, est conférée au bailleur comme conséquence du droit de jouissance que le sous-fermier a sur sa chose. C'est ce que décident MM. Aubry et Rau, IV, § 368, 3, et les nombreux auteurs qu'ils citent; voir aussi un arrêt de Cassation du 24 janvier 1853.

De même le sous-fermier peut agir directement contre le propriétaire dans les limites de sous-bail.

Il est inutile d'ajouter que le sous-locateur reste toujours, ainsi que le cédant, obligé envers le locateur, à moins de consentement exprès ou tacite de ce dernier; le sous-bail ainsi que la cession sont vis-à-vis du propriétaire *res inter alios acta*, et ne peuvent modifier ses droits ni restreindre ses obligations.

Il peut être interdit au preneur de céder son bail ou de sous-louer, ajoute l'art. 1717, et cela en totalité ou en partie; cette clause est toujours de rigueur.

Dans notre ancien droit, on interprétait cette clause très largement, surtout en ce qui concernait les sous-locations de maison; le propriétaire à qui le preneur

Digitized by Google

présentait un sous-locataire *æque idoneum* était obligé de l'accepter, malgré la clause insérée au contrat : il n'avait pas d'intérêt, disait-on, à s'y refuser ; et Pothier, pour justifier cette opinion, ajoutait : « C'est une suite du grand précepte de l'amour du prochain, qui est le principe fondamental du droit naturel. Il est évident qu'il nous oblige à consentir à toutes les choses qui, sans nous causer aucun préjudice, peuvent faire plaisir au prochain. » C'était la jurisprudence du Châtelet d'Orléans, et c'était aussi celle du Châtelet de Paris. (Denizart, v° *Bail à loyer*.)

La clause était exécutée un peu plus rigoureusement pour les baux à ferme, car on trouvait « qu'il n'était pas également indifférent d'avoir tel ou tel pour fermier » ; cependant, le propriétaire n'avait que le droit, selon les circonstances, de reprendre le bail s'il ne voulait accepter le *bon* fermier qu'on lui présentait.

Le Code civil, moins indulgent que le bon Pothier et moins porté à s'occuper *du plaisir du prochain,* a décidé que cette clause serait de rigueur ; c'est, du reste, une conséquence du principe que les conventions font la loi des parties. Les juges n'ont donc pas un pouvoir d'appréciation en cette matière, et n'ont pas à s'occuper de l'intérêt plus ou moins considérable qu'aurait le preneur à faire accepter un sous-fermier à sa place.

La prohibition de sous-louer peut être faite pour la totalité — ou pour partie et en termes plus ou moins explicites ; voyons comment il faut l'interpréter.

On est d'accord pour admettre que l'interdiction de sous-louer emporte celle de céder le bail ; à plus forte raison celle de sous-louer *en partie* emporte-t-elle celle de sous-louer *en totalité,* car, dans le premier cas, le preneur reste sur les lieux, ce qui est une garantie

Digitized by Google

pour le bailleur; à l'inverse, la prohibition de sous-louer en totalité ne comprend pas celle de sous-louer en partie.

Mais deux arrêts, un d'Angers et l'autre d'Amiens, ont refusé d'admettre que la défense de céder le bail renfermât celle de sous-louer. Cette décision doit être rejetée, car, s'il est vrai que la cession soit quelque chose de plus que la sous-location, il est vrai aussi que la volonté du bailleur qui défend une cession est de repousser également une sous-location; par cette clause, il veut évidemment prohiber que sa chose passe à d'autres mains que celles du fermier, et sa volonté doit être respectée; ainsi l'ont décidé plusieurs arrêts et de nombreux auteurs.

La même raison nous fait admettre que la défense générale de céder ou sous-louer interdit la cession de sous-location pour partie aussi bien que pour le tout; cette clause, qui exprime une idée purement et simplement, absolument, a par suite une signification absolue.

M. Duvergier (I, 367) croit que la prohibition de sous-louer, si elle ne défend pas de faire occuper les lieux par un domestique, s'oppose à ce que le preneur prête son habitation à un ami.

Lorsque la défense de sous-louer n'est pas observée, le bailleur a le droit de demander la résiliation du bail pour inexécution des conditions (art. 1741); — cette résolution ne s'opère pas de plein droit : la clause prohibitive est obligatoire comme toute autre convention, et, comme toute autre convention, est soumise à l'application de l'art. 1184. Le bailleur, il est bon de le remarquer, perdrait tout droit à demander la résiliation s'il avait consenti, expressément ou tacitement, à la sous-location; il ne pourrait pas davantage s'opposer à

Digitized by Google

sa continuation. Le fait de recevoir des mains du sous-fermier le montant des loyers suffit pour impliquer une renonciation tacite, de la part du bailleur, à faire valoir sa prohibition. (Cass. 26 juin 1859.)

Digitized by Google

CHAPITRE QUATRIÈME.

DES OBLIGATIONS DU BAILLEUR.

L'art. 1719 énumère les obligations du bailleur, en nous disant qu'il est obligé par la nature du contrat, et sans qu'il soit besoin d'aucune stipulation particulière :

1° De délivrer au preneur la chose louée ;

2° D'entretenir cette chose en état de servir à l'usage pour lequel elle a été louée ;

3° D'en faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail.

Ces trois obligations en renferment un grand nombre d'autres qui en sont les accessoires ; aussi allons-nous les étudier successivement et examiner quelle est l'étendue de chacune d'elles.

SECTION PREMIÈRE

OBLIGATION DE DÉLIVRER.

On a fait observer avec raison que l'obligation de délivrer la chose est de l'essence même du bail, et qu'on ne pourrait convenir d'en dispenser le bailleur ; on peut convenir, au contraire, qu'il sera dispensé de fournir certains accessoires ou de les livrer en bon état, ces obligations n'étant que de la nature de la vente.

Nous voyons dans les travaux préparatoires du Code que si le bailleur se trouve hors d'état de faire la déli-

Digitized by Google

vrance du fonds, il est sujet à des dommages et intérêts envers le preneur, à moins que la chose n'ait péri par un accident de force majeure. Si la délivrance est possible, elle doit se faire aux frais du bailleur ; en conséquence, si la chose n'est pas libre, c'est à ce dernier qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires pour lever les obstacles qui s'opposeraient à l'entrée en jouissance du fermier.

Pour que la délivrance soit complète, il faut que le fonds soit livré avec tous ses accessoires ; — ces accessoires comprennent nécessairement les bâtiments d'exploitation et les servitudes qui augmentent la valeur du fonds. Comprennent-ils également « les fumiers, pailles et fourrages, et autres choses qu'il est d'usage dans la province de laisser au fermier pour l'exploitation » ? (Pothier, n° 54.) Nous croyons qu'en présence du silence du Code, on ne peut donner une solution absolue, et que ce point est laissé à l'appréciation des tribunaux ; ils auront à examiner les circonstances et l'intention probable des contractants.

Les auteurs sont divisés sur le point de savoir si l'alluvion doit être comprise dans les accessoires de la chose, et profiter au fermier lorsqu'elle survient dans le cours du bail. M. Troplong veut, ainsi que le décidait jadis Caroccius, que l'alluvion profite toujours au fermier. (Troplong, I, 190). M. Duranton (XVII, 81) établit une distinction ; le fermier profitera de l'alluvion si le prix du fermage n'est pas fixé à tant la mesure ; dans le cas contraire, il devra une augmentation de fermage. La plupart des auteurs admettent enfin que, dans tous les cas, le fermier devra payer une augmentation de loyer. Nous ferons pourtant observer qu'il n'en serait pas ainsi si l'alluvion était insignifiante.

Digitized by Google

Cette solution, qui était celle de Pothier, nous paraît juste, car le fermier qui a le droit de demander une diminution de loyer si la chose est détruite en partie (article 1722), doit également être tenu de payer une augmentation si la chose vient à être augmentée. Il demeurera seulement libre, comme dans le cas de la destruction partielle, de demander la résiliation s'il ne peut ou ne veut payer un loyer plus fort. (Marcadé, art. 1722; Duvergier, I, 356; Taulier, VI, p. 235.)

Nous avons examiné plus haut si le fermier avait le droit de chasser et de pêcher sur le terrain affermé : nous n'y reviendrons pas, et rappellerons seulement que nous avons décidé que c'était au propriétaire qu'appartenait ce droit.

L'obligation de délivrance impose encore au bailleur le devoir de délivrer la chose en bon état de réparations de toute espèce (art. 1720). Sans cela, l'obligation serait illusoire, puisque le preneur ne pourrait tirer du fonds le service sur lequel il a droit de compter. Ainsi celui qui loue un moulin doit mettre les meules en état de marcher, le canal et les écluses en état de fonctionner.

De l'obligation de délivrer en bon état découle celle de garantir les vices ou défauts qui pourraient empêcher l'usage du fonds (art. 1721.) Nous allons examiner l'étendue de cette garantie.

Il n'est pas nécessaire que ces vices empêchent absolument toute jouissance du fonds, il suffit qu'ils aient une certaine gravité. Mais si ces défauts ne faisaient que rendre la jouissance moins commode ou moins agréable, ils ne suffiraient pas pour permettre de demander la résiliation. Cette distinction est laissée à l'appréciation des tribunaux, qui variera évidemment selon les cas et les époques. Le Parlement de Bordeaux prononçait toujours, par exemple, la résiliation des baux pour appa-

Digitized by Google

rition de spectres et de fantômes sur le fonds loué, tandis que celui de Paris était plus favorable au maintien des contrats et ne voyait pas dans ces faits des motifs suffisants de résiliation; nul doute qu'aujourd'hui ce motif ne fût, en général, considéré comme insuffisant pour justifier une demande en résiliation.

L'art. 1721, dans son dernier alinéa, ajoute que s'il résulte de ces vices ou défauts quelque perte pour le preneur, le bailleur est tenu de l'indemniser.

Ces dommages-intérêts sont dus, croyons-nous, que le bailleur ait connu ou non ces défauts, pourvu qu'il y ait préjudice pour le preneur. Il y a une dérogation ici aux règles de la vente, quoi qu'en disent d'excellents auteurs : le texte de l'a t. 1721 est formel et ne prête pas à l'équivoque Cette solution, au surplus, est juste, car « celui qui loue une chose pour un usage convenu, doit savoir si elle y est propre, et se trouve ainsi responsable, non seulement de cet usage, mais encore des conséquences qui peuvent en résulter. » (Aubry et Rau, IV, p. 477.) Nous ajouterons, pourtant, qu'il faut appliquer cette règle avec un certain tempérament, lorsqu'il s'agit de défauts dont l'existence n'a pu être présumée par le bailleur.

Le bailleur doit même garantie pour les défauts survenus postérieurement au contrat : la chose reste, en effet, à ses risques : mais il n'est pas passible dans ce cas de dommages-intérêts.

Nous ferons remarquer qu'il n'est pas tenu des vices apparents : car le preneur, les ayant connus au moment du contrat, a tacitement avoué que la chose pouvait malgré cela suffire à l'usage auquel elle était destinée. On peut même supposer qu'il en a profité pour obtenir une diminution de prix.

Le bailleur, devant délivrer la chose toute entière,

Digitized by Google

comme nous l'avons dit, est garant de la mesure portée au contrat. L'art. 1765 renvoie pour déterminer cette responsabilité aux art. 1617-1623, qui traitent de la même question pour la *Vente*. Nous dirons donc, avec le Code, que si les baux sont faits à tant la mesure, tout excédent en déficit de contenance donne lieu à une augmentation ou diminution proportionnelles des prix; si la différence est d'un vingtième en plus, le fermier peut, à son choix, faire résoudre le bail ou le conserver en observant les règles que nous venons de rappeler.

Si le bail est consenti pour un prix en bloc, et qu'il y ait un vingtième en plus, le fermier pourra faire résoudre le bail ou payer le supplément du prix; si la différence est en moins, le bailleur subira une diminution proportionnelle du prix, mais le fermier ne pourra faire résilier le bail qu'en prouvant que ce déficit empêche le fonds de servir à l'usage auquel il le destinait, ou lui enlève une des qualités essentielles qui l'avaient décidé, lui preneur, à l'affermer. Il en serait ainsi si un père de famille quittant une ferme de 15 hectares, comme la trouvant insuffisante pour nourrir et occuper sa nombreuse famille, en prenait une autre qu'on lui affirme avoir 20 hectares, et qu'il fût prouvé que cette ferme n'a que 14 hectares : il aurait droit à demander la résiliation.

De même que dans la vente, il est certain que l'action en supplément ou diminution de prix doit être intentée dans l'année, à compter du jour du contrat.

S'il y avait deux fonds donnés à bail par le même contrat, on devrait également, conformément à l'art. 1823, faire compensation jusqu'à due concurrence entre l'excédent et le déficit de contenance qu'il pourrait y avoir.

Digitized by Google

SECTION DEUXIÈME.

OBLIGATION D'ENTRETENIR.

L'obligation d'entretenir la chose louée indique que le bailleur ne peut, dans le cours du bail, apporter aucun changement à la forme de la chose; c'est ce que décide l'art. 1723.

On ne peut admettre aucune infraction à ce principe, si légère que soit la modification apportée à l'état du fonds : le fermier peut avoir en vue précisément cet état en louant l'objet, et il a le droit de s'opposer à tout acte qui le modifierait. Nous n'admettons donc pas, comme le faisait Pothier, que si ce changement de forme n'avait lieu que sur une partie peu considérable, et que le propriétaire eût intérêt de le faire, il le pourrait faire en indemnisant le fermier. Les commentateurs et de nombreux arrêts ont décidé qu'il fallait appliquer strictement notre article.

Ainsi, le bailleur n'aurait pas le droit d'obliger le fermier à transformer en prairies des terres arables, ou *visa versâ*.

La loi a également prévu le cas où, pendant la durée du bail, la chose louée subirait une destruction totale ou partielle par suite d'un cas fortuit.

Si la destruction est totale, le bail est résilié de plein droit (art. 1722). Toute obligation disparaît, en effet, entre les parties contractantes : le preneur ne peut pas demander le remplacement de la chose, et le bailleur ne peut l'obliger à continuer le bail sur un autre objet.

Il n'est dû aucune indemnité, nous dit encore l'art. 1722, pas plus que dans le cas de destruction partielle. Plusieurs arrêts, parmi lesquels deux de Bordeaux, ont

Digitized by Google

assimilé à la destruction par cas fortuit la démolition ordonnée par l'autorité administrative en vue d'un alignement. (Bordeaux, 24 déc. 1833 et 4 janvier 1854)

Si la destruction est partielle, le preneur peut demander la résiliation ou continuer le bail en réclamant une diminution de prix : il n'y a lieu à aucune indemnité, dans l'un ou dans l'autre cas.

Lorsque le preneur opte pour la continuation du bail, peut-il exiger du bailleur les réparations nécessaires pour mettre en état convenable la partie du bien encore existante et qui doit être désormais l'objet de ce bail ? Nous allons examiner rapidement cette question : elle mériterait d'assez longs développements à cause des distinctions qu'elle nécessite et des controverses qui se sont élevées à son sujet ; mais elle touche d'une façon secondaire à notre sujet, puisqu'elle n'a trait pour ainsi dire qu'aux bâtiments, et que les maisons ne sont que l'accessoire dans le bail à ferme.

M Duvergier et un arrêt de 1826 admettent la négative comme principe certain : M Troplong, au contraire, prétend que cette solution est complètement erronée. Voici comment M. Marcadé (art. 1722) tranche la diffculté en s'appuyant sur des arrêts plus récents de Paris et de Douai. « Quand le feu du ciel ou toute autre cause de destruction vient frapper une maison, dit-il, trois choses sont possibles : la maison peut être entièrement détruite, elle peut ne l'être qu'en partie, elle peut enfin n'être qu'endommagée... Si donc il faut distinguer la destruction totale et la destruction partielle, il faut distinguer aussi cette destruction partielle et le simple endommagement, car les trois cas sont réglés par la loi d'une façon fort différente, et cela devait être. La destruction totale fait cesser le bail ; la des-

Digitized by Google

truction partielle donne au locataire le droit de le résilier ou de le continuer sur ce qui reste avec diminution du prix. Le simple endommagement ne permet la résiliation ni à l'une ni à l'autre des parties, et oblige seulement le bailleur, d'après le 2° de l'art. 1719 et l'alinéa 2 de l'art. 1720, à réparer le dégât pour remettre la chose en bon état... C'est par cette distinction que notre question se résout... Il est clair, en effet, que le bailleur étant toujours tenu, tant que le bail continue, de faire *toutes les réparations* autres que les locatives (art. 1720), le locataire dont la chose se trouve par cas fortuit détruite en partie, place ce bailleur, en optant pour la continuation du bail sur l'autre partie, dans l'obligation de la réparer et de la lui mettre et maintenir en état convenable. Mais s'il fallait y faire des travaux de reconstruction, ce ne serait plus le cas de l'art. 1720, mais celui de l'art. 1722, et le bailleur ne serait pas tenu d'accomplir ces travaux. Ainsi, des travaux de réparation seront toujours dus, un travail de reconstruction ne le sera jamais, tel est le principe ; et quant à l'application de ce principe, quant à savoir si, dans une espèce donnée, tel travail est ou n'est pas à considérer comme travail de reconstruction, il est clair que c'est un point de fait à décider par les circonstances. »

Notre article ne parle que de la suppression de la chose même ; il peut y avoir suppression de la jouissance, impossibilité momentanée de se servir de la chose, bien qu'elle continue à subsister matériellement ; on peut citer le cas où, en temps de peste, le preneur ne peut venir occuper la maison qu'il a louée dans une ville, parce que la police sanitaire l'empêche d'entrer, et encore le cas prévu déjà par Pothier et discuté par MM. Duvergier Troplong, Marcadé et d'autres auteurs,

Digitized by Google

où le locataire d'une auberge sur une route voit supprimer cette route, de sorte que le local ne peut plus servir d'auberge. Il faudra, dans ces différentes hypothèses, permettre au preneur de demander, suivant les circonstances, la résiliation du bail, ou une diminution de loyer, ou la cessation momentanée du payement de ce loyer. Inutile de répéter que nous raisonnons toujours dans l'hypothèse de cas fortuits.

L'article 1722, qui vise principalement les bâtiments, trouve également un champ d'application sur les fonds de terre : une inondation, un débordement peuvent enlever à une propriété des portions souvent considérables de terrain ; le fermier jouira alors de la faculté que lui accorde la loi.

De l'obligation d'entretenir la chose louée, dérive encore une autre conséquence : c'est l'obligation pour le bailleur de faire les réparations nécessaires. Il est tenu de les faire, que ce soient de grosses réparations ou seulement des réparations locatives, si ces dernières ont été occasionnées par vétusté ou cas fortuit. Mais une difficulté se présentait ici : nous venons de voir que le preneur a droit à une diminution de loyer ou même à une résiliation dans le cas de privation partielle ou totale de jouissance ; or, la confection des travaux de réparation occasionne évidemment une privation de jouissance.

L'art. 1724 a, de même que notre ancien droit, concilié ces droits et ces obligations : il décide que, si les réparations sont urgentes et ne peuvent être différées jusqu'à la fin du bail, le preneur doit les subir, quelque incommodité qu'elles lui causent et quoiqu'il soit privé, pendant qu'elles se font, d'une partie de la chose louée.

Mais si les réparations durent plus de quarante jours,

Digitized by Google

le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé. Si enfin les réparations sont de telle nature qu'elles rendent inhabitable ce qui est nécessaire au logement du preneur et de sa famille, celui-ci pourra résilier le bail.

On a prétendu que la diminution de loyer n'était due que pour ce qui excède les quarante jours : cette opinion doit être repoussée, en présence du texte de la loi, qui ne prête à aucune équivoque. Dans son rapport, le tribun Mouricault parle également d'une « diminution de loyer proportionnelle à la durée de la privation, » et, selon la remarque judicieuse de Marcadé, la jurisprudence du Châtelet, qui a été érigée en règle par notre article, déchargeait le locataire du loyer *pour le temps qu'il avait été privé de la jouissance*. Nous savons, en effet, que cette disposition du Code a été empruntée à l'ancienne jurisprudence : l'usage du Châtelet de Paris était que le preneur ne pût réclamer aucune diminution de loyer, lorsque le temps pour faire les réparations ne durait pas plus de *six semaines* (Denizart) ; notre législation a pris ce chiffre de six semaines et en a fait celui de quarante jours, qui est plus en harmonie avec notre manière de compter.

SECTION TROISIÈME

OBLIGATION DE FAIRE JOUIR.

Le bailleur est tenu de procurer au preneur la jouissance complète du fonds; il doit donc, après avoir fait la délivrance de la chose, l'entretenir en bon état, comme nous venons de le voir, et il doit de plus garantir le

Digitized by Google

preneur de tout trouble qui serait apporté à sa jouissance.

Il est d'abord garant de tout trouble provenant de son fait, et c'est ainsi que nous avons vu, dans la section précédente, qu'il ne peut apporter aucun changement à la forme du fonds loué, qu'il ne peut essayer d'en changer le mode de culture, etc.; il est, en effet, certain que, puisque le bailleur est garant du cas fortuit, il doit, à bien plus forte raison, l'être de son fait personnel.

Il est aussi garant des troubles émanant des tiers dans certains cas ; pour examiner l'étendue de cette garantie, nous distinguerons les troubles de fait et les troubles de droit.

Troubles de fait. — Il y a trouble de fait lorsque le tiers ne prétend aucun droit sur la chose. « Le bailleur n'est pas tenu de garantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée, sauf au preneur à les poursuivre en son nom personnel. » (Art. 1725.)

Dans le projet du Code, on ne s'était pas contenté de cette rédaction, et on avait mis : « Sauf au preneur à les poursuivre en son nom et à demander même, s'il y y a lieu, une diminution de prix, suivant ce qui est dit à l'art. 1726. »

Les rédacteurs du projet avaient ainsi adopté entièrement le système de notre ancien droit, qui était fondé sur un motif d'équité et que nous explique Pothier, au n° 81 du *Louage.* Mais plusieurs orateurs, entre autres MM. Lacuée et Regnauld de Saint-Jean-d'Angély, demandèrent la suppression de la disposition finale de l'article, comme étant en contradiction avec son principe même. Ils ajoutèrent qu'il y avait contra-

Digitized by Google

diction à décharger le bailleur de toute garantie et à autoriser le preneur à réclamer une diminution de prix (Fenet. t. 14, p. 222). Ces raisons prévalurent, et on retrancha la fin de l'article 1725.

Le preneur n'a donc pas de recours en garantie lorsqu'il est provoqué par des tiers n'invoquant pas un droit sur la chose : il doit alors se défendre en son nom. C'est lui seul qu'ils attaquent, c'est à sa jouissance perpersonnelle qu'ils attentent, c'est à lui seul à obtenir une répression. Cette décision est, au surplus, juste, car souvent ce sera à raison de la personne même du preneur qu'il y aura de pareilles voies de fait ; et, dans tous les cas, c'est au preneur, qui est sur les lieux, à exercer une grande surveillance, et il ne serait pas juste d'y obliger le bailleur souvent fort éloigné.

Nous remarquerons que si les troubles étaient fort graves et sérieux, la solution devrait être différente, parce qu'alors il s'agirait d'évènements de force majeure ; on peut citer comme exemples les cas où il s'agirait de ravages de guerre, d'attaques de voleurs attroupés, d'invasion de bandes armées, pour cause politique ou autre : « *Prædonum more, vel hostium, milites vastaverint totum fundum* (Cujas, l. 35, Dig., *Loc. cond.*). » Notre article ne s'appliquerait plus dans ces cas, et ce serait l'art. 1722 qui régirait la matière. Le bailleur serait alors responsable, en ce qu'il ne pourrait exiger le prix, et, selon les circonstances, il y aurait même lieu à résiliation.

Nous avons supposé que le preneur était en possession du fonds : s'il n'en était pas ainsi, le bailleur serait évidemment tenu de la garantie de tout trouble occasionné par des tiers, puisqu'il devrait procurer au preneur tous les effets du contrat.

Digitized by Google

Un arrêt de cassation (17 mai 1866) a décidé que si l'administration avait troublé la jouissance du preneur par un acte de sa compétence, il n'y avait lieu à aucun recours contre le bailleur.

Dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, on doit appliquer les articles 21 et 23 de la loi du 3 mai 1841.

Troubles de droit. — Il y a trouble de droit lorsque, avec ou sans voies de fait, un tiers porte atteinte à la jouissance du preneur en prétendant un droit de propriété ou de possession sur le fonds affermé. La responsabilité du bailleur est alors engagée, et c'est lui qui doit lutter contre le tiers; il a promis une jouissance paisible de la chose; il doit prendre tous les moyens nécessaires pour la procurer.

Voyons comment la prétention des tiers se manifestera. Si le tiers intente lui-même une action au fermier comme détenant sans droit sa chose, quelle sera l'attitude du preneur en face de ce *trouble judiciaire*, comme l'appelle Pothier? — Il aura le droit d'appeler le bailleur en garantie et de rester en cause, ou, s'il le préfère, il demandera sa mise hors d'instance, en nommant celui pour lequel il possède (article 1727). Pothier ne reconnaissait pas au fermier le droit d'introduire une demande en garantie (*Louage*, n° 91), lorsqu'il n'y avait qu'une simple demande dirigée contre lui; il exigeait qu'il eût dépossession effective. Le Code a permis avec raison au preneur de rester dans l'instance : il peut y avoir intérêt, soit pour proposer tous les moyens bons à paralyser l'action du tiers, soit pour faire statuer immédiatement sur son recours en garantie contre le bailleur.

Nous ajouterons que, dans l'ancien droit, et il en est de même aujourd'hui, le demandeur ne pouvait obli-

Digitized by Google

ger le fermier à mettre son bailleur en cause avant de se retirer. Charondas rapporte un arrêt de 1563 qui le décide ainsi. (*Réponses*, liv. 3 et 71.)

Si, au contraire, le tiers *ne bouge pas*, et, après avoir exercé une voie de fait, se tient sur la défensive, quelle doit être l'attitude du fermier ? Il ne possède pas, nous le savons ; il n'a que la détention précaire de la chose vis-à-vis du tiers comme vis-à-vis du bailleur : il possède pour ce dernier. Il ne peut donc pas exercer les actions possessoires, pas plus qu'il ne peut agir au pétitoire. Il n'a donc qu'une ressource, c'est d'agir en garantie contre le bailleur afin de lui demander de le faire jouir paisiblement et de le dédommager du trouble qu'il a subi. (MM. Duvergier, Troplong, Marcadé.)

On a dit cependant qu'il fallait distinguer entre les deux actions possessoires et qu'il n'en était ainsi que pour la complainte, qui exige une possession proprement dite. Quant à la réintégrande, on a prétendu qu'elle peut être exercée par le simple détenteur et, par suite, par le fermier possesseur précaire, parce qu'elle ne se fonde que sur la règle : *spoliatus ante omnia restituendus*. (Aubry et Rau, II, 187 et 189.)

Quelle sera l'indemnité due par le bailleur ? Quoique l'art. 1726 ne parle pas de l'éviction totale, nous dirons que, dans ce cas, il y a résiliation du bail de plein droit. Dans le cas d'éviction partielle, « le fermier a droit à une diminution proportionnée sur le prix du bail, pourvu que le trouble et l'empêchement aient été dénoncés au propriétaire. » (Art. 1726).

Pour opérer le calcul de cette diminution, on se basera, comme on le faisait jadis, sur la valeur locative fixée au temps du bail. On ne prendra pas en considération l'abaissement que le prix du loyer aurait pu subir depuis cette époque et on ne s'occupera pas non

Digitized by Google

plus, évidemment, de l'augmentation qui aurait pu se produire. Mais cette augmentation entrera en ligne de compte pour évaluer le montant des dommages-intérêts, dans lesquels on fera également entrer les frais de déménagement, les impenses extraordinaires, la perte des profits que le locataire aurait retirés d'une sous-location, etc. (Pothier, — M. Troplong.)

Cette indemnité ne serait pas due si le fermier avait négligé de dénoncer au bailleur le trouble survenu dans sa jouissance; cependant, on admet généralement qu'il n'en serait pas ainsi si le fermier prouvait que le bailleur aurait succombé aussi bien que lui, ou que le bailleur a obtenu des dommages contre l'auteur du trouble. (Cass. 1825.)

Si le fermier avait connu, lors du contrat, le danger de l'éviction, il n'y aurait pas lieu à dommages-intérêts, à moins de stipulation formelle.

Disons, en terminant cette matière de la garantie de faire jouir, à qui incombe l'obligation de payer les impôts.

L'impôt est une charge des fruits, comme l'admet la jurisprudence, c'est une portion du revenu requise par l'Etat dans un intérêt général. Malgré cela, on a considéré que le bailleur, qui s'est engagé à procurer toute la jouissance de la chose, doit payer l'impôt foncier. Les contributions des portes et fenêtres sont, au contraire, à la charge du fermier.

La loi de frimaire an VII et d'autres lois ont, toute fois, conservé une coutume de l'ancien droit, qui consiste à obliger le preneur à faire l'avance de l'impôt foncier; à l'inverse, le propriétaire doit avancer celui des portes et fenêtres. On modifie, au reste, fort souvent ces conditions, et généralement on convient que l'impôt foncier sera à la charge du fermier.

Digitized by Google

Enfin, de l'obligation de garantie dérive, pour le bailleur, celle de faire au fermier une remise proportionnelle du prix du loyer lorsque, par suite d'une évènement fortuit, il aura été privé d'une portion des fruits de la chose. Nous allons examiner cette matière, qui n'est pas sans présenter quelques difficultés et qui exige certains développements.

INDEMNITÉ POUR PERTE DE RÉCOLTE.

L'obligation de procurer au fermier la jouissance de la chose entraîne, venons-nous de dire, celle de ne pas exiger le prix du bail dans le cas d'une perte totale ou partielle des fruits. Cette conséquence a été contestée et on a prétendu que les dispositions du Code que nous allons étudier avaient été inspirées à ses rédacteurs par un esprit d'humanité et non par un esprit de justice. Le bailleur, a-t-on dit, est garant de tout le fonds et doit indemniser, dans le cas d'éviction, d'une partie de ce fonds, mais il n'est pas garant de la quotité des fruits. S'il l'était, il devrait l'être de la privation d'une petite portion des récoltes aussi bien que de celle d'une grande, ce que le Code n'a pas admis. Il n'y a donc ici en jeu qu'une question d'humanité. (M. Duvergier, II, 151.)

Pour réfuter cette objection, nous ferons remarquer que les récoltes sont une partie intégrante de la chose louée, car il n'a pas été dans l'intention des parties de louer un terrain stérile et ne devant rien produire. La récolte ne fait donc, *avant sa perception*, qu'un seul et même tout avec le fonds, et le bailleur doit, de par ses engagements, garantie pour la jouissance de la récolte

Digitized by Google

comme pour celle du fonds. Mais il n'est pas obligé de payer une indemnité au fermier pour une perte peu importante des fruits, parce que le fermier doit profiter du bénéfice des récoltes extraordinaires ; il y a réciprocité dans les chances de gain et de perte. Il n'y a donc lieu à indemnité que dans le cas d'une perte considérable, dans le cas de *privation* totale ou partielle de récolte, et non dans celui de *faiblesse* des récoltes. Tels étaient les principes admis à Rome et dans notre ancien droit, et nous voyons, par les travaux préparatoires, que ce sont bien ceux qui ont guidé les auteurs du Code. « Le bail à ferme est un contrat commutatif, disait le tribun Jaubert : la chose pour le prix ; les fruits doivent donc être l'équivalent du prix de ferme. Ainsi, il est dans l'essence de ce contrat que le fermier soit dispensé de payer le prix, si un cas fortuit le prive de toute la récolte, ou de la majeure partie. C'est aussi l'intérêt de l'agriculture. »

Nous allons examiner successivement quelle est la perte de fruits qui donne lieu à la remise du prix du loyer, comment il faut calculer cette quotité, et enfin quels sont les faits qui déchargent le bailleur de cette obligation.

— *Quelle doit-être la perte de fruits* ? — Il y avait autrefois plusieurs systèmes ; à Rome, Gaïus disait qu'il fallait que la perte fût *intolérable* : que le fermier devait supporter « *modicum damnum*, » mais non « *immodicum damnum*. » Certains glossateurs pensaient qu'il fallait, pour apprécier ce dommage intolérable, s'en rapporter à l'opinion locale, tandis que d'autres prétendaient qu'il y avait lieu à remise lorsque la récolte ne donnait pas même la semence ou ne couvrait que les frais de culture. (Bartole). La plupart des canonistes admirent enfin une autre opinion qui voulait

Digitized by Google

que la perte fût de plus de la moitié de la récolte ordinaire. (F. de Clapiers, cause 44, quest. 1 ; — Decrétales grégoriennes, *du Louage ;* — Imola, cité par Clapiers.)

C'est cette dernière doctrine qu'ont adoptée les rédacteurs du Code et qu'ils ont inscrite dans les art. 1769 et 1770 : « Si le bail est fait pour plusieurs années, et que, pendant la durée du bail, la totalité ou la moitié d'une récolte au moins soit enlevée par des cas fortuits, le fermier peut demander une remise du prix de sa location, à moins qu'il ne soit indemnisé par les récoltes précédentes.

S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance.... (Art. 1769).

Si le bail n'est que d'une année, et que la perte soit de la totalité des fruits ou au moins de la moitié, le preneur sera déchargé d'une partie proportionnelle du prix. Il ne pourra prétendre aucune remise, si la perte est moindre de moitié. » (Art. 1770).

L'art. 1770 n'offre aucune difficulté, et le règlement de comptes est bien facile lorsqu'il ne s'agit que d'un bail d'une année. Il en est différemment dans l'application de l'art. 1769, et la question de savoir comment faire le calcul de l'indemnité a soulevé de nombreuses controverses.

Calcul de l'indemnité. — Demandons-nous d'abord comment nous allons établir l'excédent ou le déficit d'une récolte. Si la récolte est de moins de moitié d'une récolte ordinaire, il y a lieu à indemnité, nous venons de le voir : comment calculer cette récolte ? Faut-il considérer la valeur vénale des fruits perçus ?

Une première opinion prétendait qu'il ne fallait s'oc-

Digitized by Google

cuper que de la valeur vénale des fruits (Bartole, *sur la loi Licet*) ; mais elle doit être repoussée, car elle entraînerait à admettre que, si le fermier ne vend sa récolte, par suite d'arrivages de mer plus considérables par exemple, qu'un prix inférieur à la moitié du prix d'une récolte moyenne, il aurait droit à indemnité lors même que la récolte obtenue serait presque ordinaire comme quantité. Cette solution est en contradiction avec les termes mêmes de notre article, et elle répugne de plus à la nature du contrat, car le bailleur ne saurait être responsable de la dépréciation du prix des récoltes.

D'autres auteurs pensent qu'il faut tenir compte à la fois de la quotité des fruits et de leur valeur vénale. L'équité le veut ainsi, disent-ils, car on ne comprendrait pas un fermier qui viendrait se plaindre alors qu'il aurait vendu sa récolte au-dessus de la moyenne, et qu'il n'aurait éprouvé aucun dommage. Si le bailleur doit remise d'une portion du prix, c'est parce que le fermier n'a pas eu, dans la mesure indiquée par la loi, une jouissance suffisante des fruits : mais peut-on dire qu'il n'y a pas eu jouissance suffisante, lorsqu'il a vendu sa récolte au prix moyen fixé par la loi ? Quel est le but poursuivi par le fermier ? *La valeur de sa récolte*, et non pas évidemment *sa récolte elle-même*. Supposons donc une ferme produisant dix sacs de blé année moyenne, se vendant habituellement 20 fr. le sac : sa récolte moyenne vaut 200 francs. Arrive une année mauvaise, il ne récolte que quatre sacs, mais, par suite d'évènements, le sac de blé se vend 30 francs. Sa récolte lui aura donc rapporté 120 francs, c'est-à-dire plus de la moitié de celle d'une année moyenne, et l'art. 1769 ne sera pas applicable.

A l'objection tirée des textes et faisant remarquer que les expressions : *récoltes enlevées, pertes de fruits,*

Digitized by Google

ne peuvent s'appliquer qu'à la quantité et non à la valeur des fruits, on répond que ces articles font, en effet, mention d'un des éléments qui servent à calculer le dommage, mais que cet élément n'est pas le seul : il faut de plus que le fermier soit *lésé* par la perte des fruits. Pourrait-il demander à être *déchargé* (comme dit l'art. 1770), si la perte des fruits, loin de le *charger*, était compensée par de larges bénéfices ? La loi voudrait-elle que le fermier obtînt une diminution proportionnelle sur son prix, lorsque par les gains qu'il a faits, il n'a éprouvé aucune lésion dans ce même prix ? (F. de Clapiers ; — Brunehmann, sur la loi 15, Dig. *Loc. Cond.* — Troplong, *du Louage*, Arrêt du Parlement de Bordeaux, rapporté dans Brillon, v° *Bail*, n° 54).

Le troisième système décide qu'il ne faut tenir aucun compte de la valeur des fruits et qu'il ne faut s'occuper que de leur quantité. Les termes du Code, disent les partisans de cette opinion, ne s'appliquent qu'à la quantité : elle est le seul élément de calcul auquel ils fassent allusion. En outre, le second système, qui paraît s'appuyer sur l'équité, y est en réalité contraire : si on l'adoptait, la justice commanderait qu'on l'appliquât également, par réciprocité, au cas où une récolte abondante se vendrait à un prix infime, à un prix qui ne serait pas équivalent à la moitié du prix ordinaire : or, nous savons que cette solution est impossible à admettre. La loi a donc voulu repousser toutes les distinctions et les difficultés qui existaient sur ce poin dans l'ancienne jurisprudence et n'a admis que la quantité comme élément de calcul : elle a aussi voulu qu'on ne s'occupât nullement des valeurs, parce que leur fréquente variation ferait naître trop de difficultés. (Duranton, Duvergier, Demante, Marcadé, Aubry et Rau).

Digitized by Google

Cette remise proportionnelle du loyer n'est due que si le fermier n'a pas été indemnisé par les profits des années qui ont précédé ou suivi la mauvaise année.

Ce principe, tiré de la loi *Licet certis*, au Code, n'était pas admis universellement autrefois et notamment dans le ressort du Parlement de Bordeaux : on admettait, au contraire, que chaque année doit supporter son cas fortuit. (Attestations de 1693 et de 1723, rapportées dans Salviat, *jurisprud. du Parlement de Bordeaux.*) Actuellement la disposition du Code est formelle, mais faut-il considérer uniquement, pour faire cette compensation, les excédents des années abondantes, et mettre de côté les déficits de moins de moitié des années mauvaises?

Oui, a-t-on dit; la loi met, en effet, à la charge du fermier les pertes partielles qui ne sont pas au moins de la moitié de la récolte ordinaire; or, si l'on fait entrer en ligne de compte ces déficits, on donnera au fermier une indemnité que la loi n'a pas voulu lui accorder. N'est-ce pas lui accorder une indemnité que de neutraliser par un déficit (qui ne donne pas droit à indemnité d'après la loi) un excédent qui, sans cela, servirait à compenser la perte de l'année stérile? — Tout le monde admet, en outre, que quand le fermier se trouve indemnisé du désastre par les années antérieures, le règlement qui le déclare alors n'avoir droit à aucune remise est définitif et irrévocable, malgré les déficits de moins de moitié qui pourraient sourvenir plus tard. Or, si le Code avait eu la pensée d'appliquer les excédents des bonnes années à compenser les déficits (de moins de moitié) des années mauvaises, il eût fait pour le fermier, à qui la remise ne serait pas *due quant à présent*, ce qu'il fait pour le propriétaire qui, quant à présent, la doit; il eût reporté le calcul défi-

Digitized by Google

nitif à la fin du bail. — Il est, enfin, incontestable que la pensée du législateur est de n'accorder de remise proportionnelle de prix que pour perte de moitié au moins; c'est tellement incontestable que nous voyons l'art. 1770 n'accorder aucune remise pour perte de moins de moitié, quoiqu'il soit bien certain que ce déficit ne pourra être compensé par aucun excédent, puisque le bail n'est que d'une année. Or, dans ce système, le résultat le plus dur pour le fermier serait, en supposant réunies toutes les chances défavorables, d'être réduit à n'avoir, pour tout l'ensemble du bail, que peu de chose en sus de la moitié des fruits espérés.

Cette doctrine n'est donc pas en opposition avec l'intention du législateur; elle n'est pas non plus injuste, car le législateur aurait pu se montrer plus sévère pour le fermier; il aurait pu, en considérant que le propriétaire n'a jamais droit à aucune augmentation de prix, lui permettre d'appliquer à la compensation des pertes de 50 pour 100 tout ce qui, dans les autres années, excède ce chiffre de 50 pour 100, au lieu de ne lui laisser prendre que ce qui excède la récolte normale. (Duvergier, II, 175; — Marcadé, art. 1769.)

La majorité des auteurs pense, au contraire, qu'il faut défalquer de l'excédent des années abondantes le déficit, si petit qu'il soit, des années mauvaises, et ne porter en compensation que l'excédent diminué du déficit. Toute autre opinion est inconciliable avec les termes de l'art. 1769, qui ordonne de prendre, en cas de calcul immédiat, *les récoltes précédentes*, c'est-à-dire toutes les récoltes précédentes et non pas telles ou telles, et de faire à la fin du bail, si le calcul est reporté à cette époque, *compensation de toutes les années de jouissance*. La volonté du législateur est donc fort claire; il indique que l'on doit établir une balance

Digitized by Google

entre les bonnes et les mauvaises années, et ne pas choisir seulement celles qu'on peut opposer au fermier, en rejetant celles dont il peut tirer avantage. (Duranton ; — Troplong ; — Aubry et Rau, IV, 371.)

Lorsque le règlement de l'indemnité est rejeté à la fin du bail, le fermier est tenu de payer immédiatement le prix du bail, comme si la récolte ne donnait pas lieu à une remise proportionnelle. « Cependant, ajoute l'art. 1769, le juge peut dispenser provisoirement le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte. » Ce tempérament d'équité est emprunté à notre ancienne jurisprudence. Toutefois, le Parlement de Bordeaux ne l'admettait pas. Le fermier était tenu de payer par provision le prix du bail passé devant notaires, parce que le dédommagement demandé n'est pas liquidé. (Arrêt rendu en la Grand'Chambre, 1728 ; Salviat, *Jurispr. du Parlem. de Bordeaux.)*

Si nous supposons que le propriétaire ait fait remise au fermier d'une portion du prix et que plus tard une année d'abondance couvre la perte, le bailleur sera libre de retirer sa remise ; elle n'était sensée faite que conditionnellement : c'est l'avis unanime des auteurs anciens et modernes. Il est bien entendu que nous ne donnons cette solution que pour le cas où il n'y a pas d'indication de volonté contraire ; indication expresse ou tacite, telle que serait le fait d'avoir accordé cette remise quoique les années précédentes eussent été assez abondantes pour rendre le fermier indemne. Les magistrats auront égard aux circonstances. (Troplong, Duvergier.)

Le fermier doit avoir soin, lorsqu'il doit y avoir à la fin du bail un règlement d'indemnité, de faire constater les pertes de récoltes au moment où il est possible de faire évaluer leur importance ; sans cela, il ne

Digitized by Google

serait pas recevable dans sa demande d'indemnité. Cette constatation doit se faire, de même que dans le cas de règlement immédiat, de préférence contradictoirement avec le bailleur; cela n'est cependant pas nécessaire, et le fermier peut la faire faire séparément, de même que le propriétaire, par le juge de paix, le maire ou toutes autres personnes dont les affirmations pourront faire autorité.

Nous avons raisonné en général, afin de simplifier la discussion, comme si la ferme ne produisait qu'une espèce de récolte. Il est bien évident que, pour donner lieu à réduction, la perte doit porter sur l'ensemble de toutes les récoltes du fonds. Si la récolte en blé, par exemple, était mauvaise, mais que celle en vin dépassât les récoltes ordinaires et compensât largement la première, il n'y aurait pas lieu à indemnité; à condition, bien entendu, qu'il ne s'agisse que du bail d'une seule ferme et non de plusieurs baux distincts.

Des faits qui déchargent le bailleur de l'obligation de la remise. — Le fermier n'a pas droit à la remise proportionnelle lorsqu'il connaissait au moment du bail la cause du dommage; il a dû, en effet, traiter en vue de ce danger, et le prix du bail a dû être débattu et fixé en conséquence. (Art. 1771.)

Le même article décide que le fermier ne peut obtenir de remise, lorsque la perte des fruits arrive après qu'ils sont séparés de la terre. Nous avons vu, en effet, que le droit à la remise, qui est de la nature du bail, est une conséquence de l'obligation de faire jouir le fermier; or, quand les fruits sont séparés de la terre, ils ne forment plus un tout avec le fonds qui est l'objet du bail : ils sont devenus, par la perception, la chose du fermier et sont à ses risques. « Il en est autrement, ajoute l'art. 1771, lorsque le bail donne au propriétaire

Digitized by Google

une quotité de la récolte en revenus. » Il s'agit alors de colonage partiaire, et il n'y a pas, à proprement parler, application ici du principe de la remise ; les fruits récoltés ne sont pas devenus la propriété du colon ; il doit toujours les partager avec le propriétaire : si la quotité de ces fruits diminue par un fait non imputable au fermier, la part de chacun, celle du propriétaire et celle du fermier, diminuera proportionnellement.

Enfin, il n'y a pas lieu à la remise, lorsque le fermier a été chargé par le bail des cas fortuits. Mais ici, le Code établit une distinction entre les cas fortuits, distinction qui n'existe pas dans les articles 1769 et 1770.

Dans ces articles, en effet, les cas fortuits sont tous les évènements ordinaires ou extraordinaires, indépendants de la volonté du fermier, qui ont causé une perte de plus de la moitié de la récolte. Le Code a adopté cet avis avec raison, parce que « quelque répétés que soient ces accidents sur le sol coupé et ombragé de la France, ils deviennent des fléaux redoutables lorsqu'ils détruisent la moitié de ce que le fermier aurait eu année commune. » (Troplong.) Pothier pensait, au contraire, que les évènements ordinaires et fréquents auxquels un fermier doit s'attendre, tels que la gelée, la grêle, etc., ne donnaient pas droit à la remise, à moins que ce ne fussent des gelées ou grêles extraordinaires qui eussent causé la perte totale des fruits.

Dans les articles 1772 et 1773, disons-nous, le Code a établi une distinction. Cette distinction avait été imaginée par Bartole, admise par tous les glossateurs, et elle répondait si bien à une nécessité ou utilité pratique qu'elle était devenue dominante dans tous les tribunaux : Il faut ne pas confondre les cas fortuits *prévus* et les cas fortuits *imprévus*. Vinnius (*Quest.* 2, 1) rejetait cette classification en disant qu'il ne saurait y avoir

Digitized by Google

de cas fortuits prévus. Si un sinistre a été prévu, il cesse d'être cas fortuit ; il ne reste tel qu'autant qu'il vient confondre la prévoyance humaine. Ce raisonnement était subtil, mais inexact. Un cas fortuit ordinaire est imprévu, il est vrai, en ce qu'on ne sait pas s'il arrivera, ni comment il arrivera ; mais il peut être prévu comme possible et probable par un homme sensé. Un fermier, par exemple, ne peut pas ne pas prévoir qu'il sera exposé à la gelée, à la grêle, tandis qu'il ne peut prévoir, au contraire, qu'il subira une invasion ennemie ou un phénomène physique et météorologique extraordinaire.

C'est donc avec raison, répétons-nous, que le Code a admis cette distinction et a décidé que, lorsque le fermier prend à sa charge les cas fortuits, il faut interpréter cette clause limitativement et n'y faire entrer que les cas fortuits ordinaires ou prévus, tels que la grêle, le feu du ciel, la gelée, la coulure. Il peut sans doute prendre également la charge des cas fortuits extraordinaires, mais il faut que la volonté des parties soit nettement exprimée ; la clause de se charger de *tous les cas fortuits* ne suffirait même pas : elle ne mettrait aux risques du fermier que les pertes résultant des cas fortuits prévus.

A plus forte raison, la volonté des parties doit-elle être évidente lorsque le fermier prend à sa charge les risques non seulement des pertes de récolte, mais encore ceux de la privation d'une partie du fonds lui-même et décharge ainsi le bailleur de la garantie de l'art. 1722 ; rien ne se présume en cette matière, toute clause doit être formellement exprimée.

Digitized by Google

CHAPITRE CINQUIÈME.

DES OBLIGATIONS DU FERMIER.

Le Code établit comme règle générale que le preneur est tenu de deux obligations principales : « 1° D'user de la chose louée en bon père de famille, et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail, ou suivant celle présumée d'après les circonstances à défaut de convention ; 2° de payer le prix du bail aux termes convenus » (art. 1728). Et l'art 1729 complète ainsi le précédent : « Si le preneur emploie la chose louée à un autre usage que celui auquel elle a été destinée, ou dont il puisse résulter un dommage pour le bailleur, celui-ci peut, suivant les circonstances, faire résilier le bail. »

La première de ces obligations en comprend, en réalité, deux parfaitement distinctes : l'obligation de jouir de la chose en bon père de famille n'entraîne pas, en effet, par elle-même, celle de ne pas changer la destination des lieux ; nous étudierons donc séparément ces deux obligations.

Le Code énumère dans différents articles d'autres obligations du preneur ; la plupart rentrent dans celles que nous venons d'énumérer ; nous les étudierons sous la rubrique de celle à laquelle elles se rattachent.

SECTION PREMIÈRE.

USER DE LA CHOSE SUIVANT SA DESTINATION.

Il n'y a pas de difficultés en cette matière, si le bail détermine la destination même de l'objet loué. Dans

Digitized by Google

le cas où le bail est muet sur ce point, il faut avoir recours aux circonstances pour savoir quelle destination a été réservée à la chose dans l'intention des parties. L'appréciation de ces circonstances est laissée à la sagesse des magistrats, comme le firent observer les membres du Tribunat. Examinons quelques espèces.

On est absolument d'accord pour admettre qu'il y aurait changement de destination, donnant lieu à la résiliation du bail, dans le fait d'un locataire établissant des filles publiques dans la maison louée, car, selon l'expression de Coquille, « entre les droits de l'héritage est que l'honneur de la maison soit conservé. » (Inst. au Droit français, *Des Contrats*.) De même pour une maison transformée en maison de jeu.

Il est également certain qu'une maison louée comme habitation bourgeoise ne peut être transformée en une auberge, et *vice versâ*; et il en est ainsi alors même que le bailleur ne souffrirait aucun préjudice. L'article 1729 énonce, en effet, deux idées parfaitement distinctes en parlant d'un emploi autre que celui auquel la chose est destinée et d'un emploi dont il puisse résulter un dommage : il suffit que l'on connaisse la volonté du bailleur, et le fait seul d'y avoir contrevenu met le preneur en faute. Aussi ne faut-il pas accepter les principes d'un arrêt de Bourges de 1837, qui exige un *dommage irréparable* : cette doctrine est inexacte.

Il y aurait changement de destination dans le fait par le preneur d'une carrière de l'épuiser, même pour des besoins imprévus de la population, et d'absorber dans un temps fort limité des produits qui devaient, selon toute apparence, se répartir sur un grand nombre d'années. Le preneur aurait ainsi excédé les bornes de la jouissance convenue. (Arrêt de Grenoble, 5 mars 1835.) C'est, comme le fait remarquer M. Trop-

Digitized by Google

long, une application de l'idée sur laquelle est fondé l'art. 270 du Code prussien : « Le preneur n'acquiert que l'usage et la jouissance ordinaires des produits de la chose ; il ne peut jouir des produits extraordinaires d'une manière nuisible à sa substance. »

Nous allons plus loin, et décidons qu'il y aurait lieu à l'application de l'art. 1729, même si le changement opéré par le preneur était favorable au bailleur et avantageux pour lui ; les conventions sont la loi des parties, et le principe romain est fort exact : *Invito beneficium non datur*.

Disons encore que la profession du preneur est une des principales circonstances à consulter : elle fait présumer qu'il a loué la chose pour la faire servir aux usages qu'exige sa profession.

SECTION DEUXIÈME.

JOUIR DU FONDS EN BON PÈRE DE FAMILLE.

Cette obligation dérive de ce fait, que le fonds loué n'est pas la propriété du fermier, et qu'il appartient à un tiers qui a suivi sa foi. Il doit donc lui donner tous les soins qu'un bon père de famille apporte à la conservation de son patrimoine.

Si donc il en faisait un usage immodéré et abusif, par exemple s'il forçait les coupes de bois ou cherchait à obtenir des produits forcés et des récoltes épuisant le fonds, il serait passible de dommages-intérêts en outre de la résiliation du bail. (Art. 1766.)

De cette obligation de jouir en bon père de famille, découle celle de façonner les terres en temps convena-

Digitized by Google

ble, de veiller à la conservation des édifices, des clôtures, au maintien des limites, et d'avertir le propriétaire des usurpations commises sur le fonds. (Art. 1765 et suivants.)

Il en est de même de l'obligation de garnir le fonds des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation : « Elle naît de la nature même du bail... il doit avoir tout ce qui est nécessaire pour la culture de la métairie. » (Pothier, 204.) Ce mobilier garnissant la ferme et servant à l'exploitation servira, il est vrai, de base au privilège de l'art. 2102, mais ce n'est pas là le but direct de cette obligation : aussi suffira-t-il que ces bestiaux et instruments aratoires aient une importance proportionnée aux besoins de l'exploitation.

Cette obligation s'applique aux colons partiaires comme aux fermiers, car l'art. 1766 a employé avec intention l'expression « le *preneur* d'un héritage rural. » Mais il faudrait tempérer l'application de la règle de notre article selon les usages locaux ; il est, en effet, de nombreuses contrées où c'est le bailleur qui fournit les bestiaux et les ustensiles : cela a lieu surtout dans les pays de petite culture. (V. les *Observations de la Cour de Limoges*, Fenet, 4, 24.)

Le fermier ne doit pas non plus abandonner la culture, il serait en faute s'il négligeait certaines terres et les laissait dans un abandon très préjudiciable. Il s'agit cependant de concilier cette obligation, ainsi que celle de cultiver en bon père de famille, avec les divers systèmes d'assolement.

L'assolement est la division des terres d'un domaine en plusieurs parties qu'on appelle *soles*. Chaque sole produit une récolte différente et change de culture pendant un certain nombre d'années ; ce changement successif de cultures s'appelle *rotation*. La rotation la

Digitized by Google

plus courte s'opère en deux ans, c'est ce qu'on appelle l'assolement *alterne ou biennal*. Jadis on n'employait presque que l'assolement *triennal*, qui consiste à faire produire pendant deux années des récoltes successives et différentes à un champ, et à le laisser reposer la troisième année. C'est un des progrès de l'art agricole que d'avoir su imaginer ou plutôt reconnaître par expérience certaines plantes qui, alternées dans un certain ordre, fournissent à la terre, grâce à leurs qualités particulières, des éléments suffisants de reconstitution pour qu'on n'ait pas besoin de la laisser en friche ou en jachère la troisième année. Outre l'assolement biennal, il existe un grand nombre d'autres assolements plus compliqués permettant d'éviter la jachère.

Si donc nous supposons une ferme sur laquelle la culture se fait au moyen de l'assolement triennal, faudra-t-il empêcher le fermier de passer à un système de culture progressif et reconnu généralement plus avantageux, tel que l'assolement biennal? y aurait-il changement de la destination de la chose, et le propriétaire pourrait-il s'y opposer du moins en prétendant que cette innovation ne constitue pas une culture de bon père de famille?

Nous pensons que le propriétaire ne devrait pas être écouté dans sa prétention, et que l'on ne pourrait faire grief au fermier de ses soins éclairés pour améliorer la culture. Comment pourrait-il être répréhensible, lorsqu'il cherche à mettre la culture en harmonie avec des découvertes qui, en multipliant la richesse agricole, augmentent sa propre aisance sans compromettre les forces productives du sol confié à sa vigilance? (Troplong.) C'est ce qu'ont décidé différents arrêts des Parlements d'Artois et de Flandre rapportés au répertoire de Merlin, (v° *Assolements*,) et un arrêt récent de

Digitized by Google

la Cour d'Orléans en date du 21 juillet 1877. (Syrey, 77, 2. 292.)

Nous ajouterons, afin de bien faire comprendre notre pensée, qu'il n'en doit être ainsi que lorsque les innovations du fermier sont justifiées par les découvertes de la science et de la pratique, comme, par exemple, dans le cas de l'assolement biennal que nous citions tout à l'heure. On a reconnu, en effet, que l'assolement triennal, avec son système de jachères, était un assolement défectueux. Les anciens le proscrivaient déjà sur le sol fécond de l'Italie (Varon et Columelle,) et Virgile disait : que la terre se repose en produisant, pourvu qu'on varie habilement les fruits qu'on lui demande (*Géorg*. I, 82.) Olivier de Serres, notre plus ancien agronome vraiment digne de ce nom, disait déjà au xv[e] siècle, en rompant en visière avec l'assolement triennal recommandé par les capitulaires de Charlemagne, que « *la terre se délecte en la mutation de semences* » *(Théâtre d'Agriculture.)* L'expérience a prouvé la vérité des raisonnements et des théories, et à présent tous les gens éclairés sont d'accord sur la supériorité de cet assolement dans un terrain riche.

Le pouvoir d'appréciation que nous reconnaissons aux juges pour permettre au fermier de faire des innovations dans la culture, se justifie donc dans cette circonstance et dans des cas semblables. Mais il en serait différemment, et voici la portée de notre réserve, si l'on avait affaire à un fermier à l'esprit trop hardi et novateur, voulant mettre en pratique toutes les théories nouvelles plus ou moins justifiées et hasardées. Un propriétaire peut faire sur son fonds toutes les expériences qu'il désire : il n'en est pas de même d'un fermier sur le fonds dont il n'a que la jouissance. Les

Digitized by Google

magistrats apprécieront dans leur sagesse jusqu'où ils doivent permettre au fermier de s'aventurer.

Si, au contraire, le propriétaire voulait obliger le fermier à adopter un nouveau système de culture, nous croyons qu'il ne pourrait l'y contraindre, surtout si l'usage des lieux n'a pas encore condamné le système auquel est attaché le fermier.

Le fermier est encore obligé, sous peine de tous dépens et dommages-intérêts, d'avertir le propriétaire des usurpations commises sur le fonds (art, 1768). Il est, en effet, fort juste que le preneur, qui possède pour le propriétaire et qui est sur les lieux, avertisse le bailleur qui est souvent fort loin et ne peut exercer une surveillance utile ; c'est une conséquence de son devoir et jouir en bon père de famille (Rapport du tribun Mouricault). Par usurpation, il faut entendre non seulement les envahissements matériels, mais encore tous les faits portant atteinte au droit de propriété ou à la possession ; il résulte de la combinaison de notre article avec l'art. 1736, que le preneur d'un bien rural doit donner connaissance au bailleur de tous troubles et même de tous actes judiciaires ou extra-judiciaires qui lui seraient signifiés relativement à l'immeuble. Il est fort important pour le bailleur d'en être prévenu, et le preneur devra porter ces actes à sa connaissance, dans le délai qui est réglé en cas d'assignation suivant la distance des lieux. (Cass. nov. 1814.)

Enfin, le fermier est tenu de rendre la chose telle qu'il l'a reçue, excepté ce qui a péri ou a été dégradé par vétusté ou force majeure (art. 1730). S'il rendait, en effet, la chose détériorée par son fait, il ne la rendrait pas telle qu'il l'a reçue ; de même s'il avait fait des changements (ce qui lui est permis s'ils sont de peu d'importance), il serait tenu de faire disparaître ces mo-

Digitized by Google

difications et de remettre les lieux dans l'état où ils étaient; il ne saurait imposer au propriétaire des arrangements qu'il n'avait faits que dans son intérêt personnel.

Répondant, d'après l'art. 1732, « des dégradations ou des pertes qui arrivent pendant sa jouissance, à moins qu'il ne prouve qu'elles ont eu lieu sans sa faute, » nous pensons que le fermier serait responsable s'il avait laissé perdre par non-usage une servitude utile à la chose louée. (Accurse; — Présid. Favre, l. 11, Dig.).

Comment prouvera-t-on l'état primitif des lieux? — Ici la loi établit une présomption; le bailleur étant tenu de livrer le fonds en bon état de réparations, on présume qu'il l'aura fait certainement au moins en ce qui concerne les réparations locatives : ces derniers sont, en effet, à la charge du preneur pendant le cours du bail (art. 1720), et l'on suppose, en conséquence, qu'il n'aura pas négligé d'exiger que le propriétaire fasse toutes celles qui étaient nécessaires : sauf la preuve contraire, bien entendu (art. 1731). S'il s'agit, au contraire, de réparations autres que les locatives, la loi n'établit pas cette présomption de réception des choses en bon état, et c'est au propriétaire à prouver que le fonds était en bon état. Si, enfin, le preneur attribue une dégradation constatée à un cas de force majeure, il doit justifier de cette force majeure qu'il allègue.

Pour éviter toutes ces contestations et pour faciliter la preuve de l'état des lieux au moment du bail, le meilleur moyen sera de faire dresser un état des lieux au moment même du contrat, et l'on n'aura ainsi besoin de recourir ni aux présomptions, ni aux autres modes de preuve. La preuve testimoniale serait admissible au-dessus de 150 francs, car il s'agit ici d'un fait et non d'une convention. (Pothier, n° 199; — Troplong; — Marcadé, art. 1732.)

Digitized by Google

Si le preneur a fait des réparations au fonds loué, quel sera son droit relativement à ces dépenses ? En ce qui concerne les réparations nécessaires, il a droit à être indemnisé par le propriétaire : sans cela, ce dernier s'enrichirait à ses dépens. S'il s'agit de réparations utiles ou voluptuaires, il peut emporter celles qui sont susceptibles d'être enlevées sans détérioration de l'immeuble ; quant aux autres, il est obligé de les laisser, sans avoir droit à aucune indemnité : on ne peut obliger un propriétaire à devenir débiteur de son fermier, parce qu'il a plu à ce dernier de rendre l'usage du fonds loué plus commode ou plus agréable. Si, par méchanceté, le fermier détériorait ces améliorations afin d'endommager par suite le fonds, il pourrait être condamné à des dommages-intérêts. C'est ce que décida un arrêt du Parlement de Paris, rapporté dans Lepage, (*Lois des bâtiments*, pact. 2, ch. 3).

La loi de 1838 a décidé que les actions relatives aux réparations et aux dégradations faites par les fermiers, seraient de la compétence des juges de paix sans appel jusqu'à 100 francs et à charge d'appel jusqu'à 1,500 francs.

La responsabilité du preneur s'étend encore aux pertes et détériorations survenues par le fait des personnes de sa maison ou de ses sous-locataires, c'est-à-dire de ses enfants, de ses domestiques, des ouvriers qu'il fait travailler chez lui. A Rome, on était moins absolu, et le maître ne répondait de la faute de ses esclaves qu'autant qu'il avait commis lui-même la faute de prendre des personnes dangereuses par leur négligence. Domat et Pothier louaient notre ancienne jurisprudence d'avoir rejeté cette distinction si embarrassante dans la pratique, et le Code a adopté leurs avis. Les aubergistes sont également soumis à cette responsabilité relative-

Digitized by Google

ment aux personnes qu'ils ont logées, car la loi n'établit aucune distinction.

— Le Code a édicté des dispositions spéciales relativement à la *responsabilité du preneur en cas d'incendie.*

« Il (le preneur) répond de l'incendie, à moins qu'il ne prouve que l'incendie est arrivé par cas fortuit, ou force majeure, ou par vice de construction, ou que le feu a été communiqué par une maison voisine. » (Art. 1733.)

S'il y a plusieurs locataires, tous sont responsables de l'incendie proportionnellement à la valeur locative de la partie de l'immeuble qu'ils occupent ; à moins qu'ils ne prouvent que l'incendie a commencé dans l'habitation de l'un d'eux, auquel cas celui-là seul en est tenu ; ou que quelques-uns ne prouvent que l'incendie n'a pu commencer chez eux, auquel cas ceux-là n'en sont pas tenus. (Art. 1734 modifié par la loi du 5 janvier 1883.)

Le preneur doit restituer l'objet loué : s'il ne le peut pas, c'est à lui de prouver qu'il a un motif valable pour ne pas pouvoir le faire. Jusqu'ici ce sont les principes ordinaires de la preuve. Mais où l'art. 1733 s'en écarte, c'est lorsqu'il décide que le preneur ne pourra mettre sa responsabilité à couvert, en cas d'incendie, qu'en prouvant un des trois faits qu'il énumère. De nombreux auteurs, il est vrai, prétendent que cette énumération n'est qu'énonciative et non limitative ; il suffit, disent-ils, que le preneur prouve que l'incendie est arrivé *sans sa faute.* (Duvergier, I, 435 ; Troplong, II, 385.) La jurisprudence semble également se décider en ce sens. (Amiens, 9 avril 1880. L. 80, 2, 212.)

Il nous est difficile d'admettre cette opinion. L'art. 1733 ne serait alors qu'une répétition inutile et presque ridicule de l'art. 1732. Or, telle n'était pas la pen-

Digitized by Google

sée du législateur, puisqu'il édictait encore dans l'article suivant (ancien art. 1734) une règle exceptionnelle, et, du reste, les termes de l'article 1733 nous semblent formels. (Aubry et Rau, IV, 367.)

La preuve de ces faits peut être administrée par tous les moyens ordinaires. Le colon partiaire doit être traité, relativement à l'incendie, comme le fermier.

Mais la présomption de faute n'est établie par la loi que vis-à-vis du propriétaire : elle n'existe pas vis-à-vis des étrangers.

Dans l'hypothèse de plusieurs locataires, l'ancien art. 1734 établissait entre eux une solidarité ; et, en présence du silence du texte, on se demandait si l'indemnité payée au propriétaire devait être supportée par portions égales ou proportionnellement à la valeur des appartements. Cet état de choses engagea MM. Durand, Drumel et Bernard à présenter, le 19 novembre 1881, un projet de loi modifiant ces dispositions.

« Dans notre législation, disaient les auteurs du projet, la division des dettes entre co-obligés est la règle. En principe, la solidarité doit être stipulée (art. 1202). Si la loi l'impose parfois, c'est parce que les circonstances lui en font présumer l'acceptation ou parce qu'elle l'attache soit comme peine, soit comme réparation nécessaire à un fait délictueux dès à présent constant... Est-il possible d'invoquer l'un ou l'autre de ces motifs pour justifier la solidarité de l'art. 1734 ? Il semble bien que non. Les divers locataires d'un immeuble n'ont pas, en effet, de rapports juridiques entre eux.... d'un autre côté, lorsque la cause de l'incendie reste inconnue (et tel est ici le cas), on ne peut dire qu'il y ait délit... »

Et après avoir rappelé que plusieurs cours d'appel, notamment celle de Lyon, combattirent énergique-

Digitized by Google

ment le projet du Code, ces députés ajoutaient qu'il est difficile de dire le motif si puissant qui a dicté au législateur de 1804 une pareille décision. Celui invoqué dans le rapport au Tribunat, que l'incendie est le produit de la faute des locataires, est en effet insuffisant. Le locataire n'ayant reçu que la portion d'immeubles qu'il occupe, son obligation doit se limiter à cette partie.

Abordant ensuite la question de l'étendue de l'obligation, M. Durand et ses collègues la résolvaient ainsi :

« Les auteurs l'ont déjà résolue diversement ; quant à la jurisprudence, elle se borne à un arrêt de la cour de Colmar du 2 février 1870, qui, en se fondant sur cette idée que la présomption de faute est imputable à un égal degré à tous les locataires, se prononce pour la répartition par portions égales. Il est hors de doute pourtant que l'étendue de chaque location a ici son importance, et que, toutes choses égales d'ailleurs, il est présumable que l'incendie est plutôt, par exemple, du fait de celui qui occupe huit ou dix pièces, qui a cinq ou six feux, que du fait de celui qui n'occupe qu'une seule chambre et qui n'a qu'un feu... »

La proposition de loi décidait encore que, lorsque quelques locataires prouvaient que l'incendie n'avait pas commencé chez eux, les autres répondaient du tout dans la proportion indiquée au paragraphe 1er de l'article. C'est ainsi rédigé que le projet fut adopté sans discussion par la Chambre des députés, le 11 mars 1882.

Il fut transmis au Sénat, et M. Batbie, rapporteur, approuva les modifications apportées à l'art. 1734, mais repoussa, dans le cas d'exonération d'un locataire, la répartition de l'indemnité totale entre les autres.

» Cette modification, disait-il, n'est pas en harmonie

Digitized by Google

avec l'esprit de la première... Ce serait rentrer dans l'obligation *in solidum* après l'avoir condamnée et y avoir substitué l'obligation *pro rata parte*... »

Ainsi adoptée, la proposition de loi fut, lors de la deuxième délibération, l'objet d'un amendement de M. Robert de Massy tendant à rétablir cette disposition. L'auteur de l'amendement prétendait que le propriétaire, en vertu des présomptions établies dans les articles 1732 et 1733, avait droit, en principe et dans tous les cas, à une indemnité représentant la valeur totale de l'immeuble. Si donc, par un tempérament d'équité, on faisait disparaître la solidarité de l'art. 1734, du moins devait-on rendre responsables de la totalité de l'immeuble, dans la proportion indiquée, les locataires n'ayant pu prouver que l'incendie n'a pas commencé chez eux. — M. Batbie répondit que, puisqu'on reconnaissait injuste d'établir une responsabilité collective et solidaire, il fallait la supprimer complètement et ne pas la garder partiellement à titre de transaction.

Enfin, il résulte de la discussion que le propriétaire, habitant une partie de la maison, est responsable vis-à-vis de lui-même comme un locataire. — Cette assimilation, indiquée dans le projet de loi tel qu'il fut voté d'abord par le Sénat, a été retranchée lors de la seconde délibération comme inutile et superflue.

Modifié de la sorte par le Sénat, le projet fut adopté par la Chambre des députés le 28 décembre 1882, et la loi promulguée le 5 janvier 1883.

Ajoutons que la loi nouvelle, n'ayant pas d'effet rétroactif, ne régit pas les baux qui lui sont antérieurs.

Ainsi ont été adoucies les règles un peu sévères édictées par le Code, règles que le tribun Jaubert cherchait cependant à justifier, en disant au sujet

Digitized by Google

de l'art. 1733 : « Ces règles sont justes, sages, conservatrices de la propriété à laquelle le bailleur n'a aucun moyen de veiller ; elles sont le gage de la surveillance que le preneur doit exercer sur sa famille et ses serviteurs. Cette présomption peut, du reste, être détruite par la preuve contraire : mais elle devait être établie contre le preneur, parce que, d'une part, le bailleur n'a aucun moyen de prévenir ni d'éviter l'accident, et que, de l'autre, les incendies arrivent ordinairement par la faute de ceux qui habitent la maison. »

— Nous rattacherons encore à l'obligation de jouir en bon père de famille les dispositions des articles 1777 et 1778, afin de faire rentrer toutes les obligations du preneur dans les trois chefs que nous avons vus énumérés dans l'art. 1728. Ces dispositions s'y rattachent, au reste, parfaitement, car l'une a trait à la conciliation des intérêts du fermier entrant et du fermier sortant, et l'autre s'occupe des pailles et engrais destinés à favoriser la bonne culture du fonds.

Il y avait lieu de s'occuper, en effet, de la position respective des deux fermiers pendant que leurs intérêts sont, en quelque sorte, mêlés entre eux. Le fermier entrant a des travaux à exécuter pendant que le fermier sortant a encore des récoltes à enlever : ils ont donc besoin tous les deux de jouir des bâtiments d'habitation et d'exploitation : comment et dans quelle proportion concilier ces intérêts opposés ? En se conformant à l'usage des lieux, répond le Code : et on appliquera ces usages de façon à laisser au fermier entrant les logements convenables, et réciproquement.

Dans la Normandie, par exemple, c'est à la St-Michel (29 septembre) que commencent et finissent les baux. Mais, dès la St-Jean précédente (24 juin), le fermier entrant a le droit de placer sur la ferme, pour

Digitized by Google

préparer en juillet et en août les terres à blé pour l'année suivante, deux ou trois chevaux qui logent dans l'étable (libre, puisque les vaches couchent au parc en cette saison), un charretier et une servante à qui on donne le four pour maison, le fermier actuel conservant, bien entendu, le droit d'y cuire. — A la Saint-Michel, le fermier entrant vient occuper la maison ; mais il ne prend encore qu'une partie des bâtiments. Le fermier sortant, en effet, ayant droit dans les herbages, à toute l'herbe de l'année, qui n'est entièrement mangée par les bestiaux que vers Noël, puis aux pommes et poires qui ne seront pressurées que fort avant dans l'hiver, il peut encore occuper en presque totalité les étables, bergeries, porcheries, pressoirs et celliers ; et comme il peut laisser ses blés engrangés jusque vers la St-Jean pour les faire battre et porter au marché partie par partie, il a jusque-là droit à une partie des granges (ainsi qu'à une partie du grenier à fourrages), au logement d'un ou de plusieurs batteurs en grange, d'une servante de cour, d'un garçon de ferme, d'un ou de deux chevaux, à l'usage du four pour cuire le pain nécessaire à ces personnes, et à une chambre de ce four pour cuisine, comme on a dit plus haut. (Marcadé).

Dans la Lorraine, on suit l'assolement triennal et les baux commencent à la St-Georges (23 avril). Le fermier entrant donne à la sole en jachères les cultures nécessaires pour recevoir en automne la semence du blé. Les deux autres soles sont, à cette époque de la St-Georges, couvertes des blés et avoines qui ont été semés par le fermier sortant : elles restent jusqu'à la récolte inclusivement à sa disposition. Aussi n'est-ce qu'après cette récolte qu'il paie ses derniers fermages, à la Saint-Martin (11 novembre), et le nouveau fermier

Digitized by Google

ne paie son premier fermage qu'à la Saint-Martin suivante, c'est-à-dire 18 mois après son entrée en jouissance de la jachère. Ce fermier récolte sur la fin du mois de juin, qui suit sa prise de possession, les foins des prairies naturelles de la ferme. Le fermier sortant n'a plus, en effet, de travaux à exécuter, si ce n'est ceux de la récolte, tandis que tous les travaux de culture sont à la charge du fermier entrant, qui doit trouver dans les fourrages naturellement produits par la ferme, les moyens d'entretenir les bestiaux avec lesquels il exécute ses travaux. (Troplong). Il faudra donc, ici comme en Normandie, qu'il y ait jouissance commune des bâtiments, selon leurs droits et leurs besoins.

Une sentence d'un des juges de paix de Nancy a décidé, le 21 juillet 1838, qu'en l'absence de convention expresse, le fermier entrant n'avait pas le droit de semer sur les blés d'hiver ou sur les avoines du fermier sortant, une certaine quantité de trèfle, de sainfoin et autres fourrages qui font les prairies artificielles.

L'art. 1778 s'occupe des pailles et engrais, et décide que le fermier sortant doit laisser les pailles et engrais de l'année, s'il les a reçus lors de son entrée en jouissance ; et quand même il ne les aurait pas reçus, le propriétaire pourra les retenir suivant l'estimation.

Cette règle est équitable, car elle permet, sans léser en rien les droits du fermier, de conserver sur la ferme des choses indispensables à sa bonne culture ; l'intérêt général de l'agriculture est ainsi sauvegardé, et le fermier sortant ne subit aucun dommage, puisqu'il reçoit la valeur de sa chose et trouvera, dans sa nouvelle ferme, l'équivalent de ce qu'il laisse dans l'ancienne.

On a fait passer ici l'intérêt de l'agriculture, non pas avant l'intérêt du fermier sortant, mais avant son droit

Digitized by Google

de propriété. Les pailles sont, en effet, un élément nécessaire à l'alimentation des bestiaux et une des meilleures litières : et quant aux engrais, est-il besoin d'insister sur leur importance ? On ne pourrait s'en procurer dans la plupart des villages, et cependant que deviendrait la ferme sans eux ? Les Grecs fumaient leurs champs, et les Romains comprenaient si bien la valeur des fumiers que nous voyons dans Pline (*Hist. nat.* 17, 6), qu'ils avaient érigé un temple au dieu *Sterculus*. Au moyen-âge, on disait aussi que *le fumier fait le grain*, et l'ancienne jurisprudence n'avait pas hésité à admettre la règle de notre Code. Elle allait même plus loin, et la grande majorité des coutumes permettait au propriétaire de garder, *sans aucune indemnité*, les pailles et fumiers existant sur la ferme à la fin du bail, quoique le fermier n'en eût pas trouvé en arrivant. (Merlin, *Quest. de droit*, v° *Fumier*). Nos législateurs, sollicités surtout par les Cours de Bourges et de Limoges, adoptèrent le même principe, mais avec un tempérament imposé par l'équité, et qui oblige le propriétaire à payer une indemnité au fermier restant dont il garde les pailles et engrais. Il en est de même pour les fourrages, sauf ce qui serait décidé par les usages locaux.

Ces règles nous semblent fort claires, et nous pensons qu'il est inutile d'entrer dans l'examen de certaines questions qui pouvaient être discutées dans l'ancien droit, mais qui nous paraissent résolues nettement par les articles qui régissent notre matière. Quant aux semences, si le fermier n'en avait pas reçu en entrant dans la ferme, il ne serait pas tenu d'en laisser : la raison qui fait décider le contraire pour les fumiers n'existe pas ici, car le nouveau fermier pourra toujours se procurer des semences sans difficulté.

Digitized by Google

SECTION TROISIÈME

PAYER LE PRIX CONVENU.

Cette obligation est qualifiée également de *principale* par le Code, et c'est avec raison, car elle n'est pas moins essentielle que celle de jouir en bon père de famille et d'user du fonds suivant sa destination.

Le paiement doit être fait au lieu indiqué par le contrat ; si le contrat est muet, au domicile du débiteur, selon les principes généraux. (Art. 1247.)

A défaut d'indication du bail, le fermier devra payer aux termes de paiement désignés par l'usage des lieux ; dans l'Orléanais, les fermes se payaient à la Toussaint, tandis qu'en Normandie on paie généralement en deux termes égaux, à Pâques et à Noël ; dans le Bordelais, on convenait souvent que les fermages seraient payés en deux parties, à la Noël et à la St-Jean-Baptiste.

A défaut de paiement, le bailleur peut demander la résiliation ; mais quel retard faut-il qu'il y ait dans le paiement ? A Rome, on pouvait, d'après certains auteurs, expulser le preneur dès qu'il mettait du retard à payer ; et dans notre ancienne jurisprudence, on ne pouvait le faire que lorsque il était en retard de deux termes, sans compter le courant. Le Code n'a établi aucune règle, et c'est aux tribunaux qu'il appartient de décider si les retards sont assez longs pour motiver une résiliation.

Nous avons vu, à propos des obligations du bailleur, que le fermier doit payer l'impôt foncier, sauf son recours contre le propriétaire, qui doit le supporter définitivement ; c'est le contraire qui a lieu pour l'impôt des portes et fenêtres. Fort souvent, cependant, on con-

Digitized by Google

vient que le fermier supportera définitivement l'impôt foncier.

Relativement aux personnes à qui le paiement peut être fait, il faut appliquer les règles générales de validité du paiement (art. 1239 et suiv.). Les paiements faits de bonne foi au propriétaire apparent sont valables ; il en est de même de ceux faits par les fermiers de droits royaux ou publics, à des pouvoirs de fait, vainqueurs du pouvoir légal, ou à des ennemis ayant envahi le pays. Bonchel, (*Bibliothèque de Droit français*, v° *Louage.*) en cite plusieurs cas.

Si le bailleur laisse écouler cinq années sans exiger ses fermages, ils sont prescrits (art. 2277). Un arrêt a même décidé que lorsque les fermages comprennent des prestations en nature, comme des charrois, il suffit, pour qu'il y ait déchéance, que ces prestations n'aient pas été exigées en temps et lieu. (Bourges, 6 avril 1830.)

En un mot, et pour résumer ce que nous venons de dire sur le paiement, à défaut de conventions expresses, les difficultés qui peuvent s'élever à ce sujet doivent être résolues par les magistrats, conformément aux usages locaux.

Nous avons vu qu'en cas de non-paiement du prix, le bailleur pouvait exiger la résiliation du bail ; la loi lui a encore accordé d'autres sûretés contre les fermiers. L'art. 1255 décide que les fermages échus produisent intérêt du jour de la demande en justice, décision empruntée au droit romain et à notre ancienne jurisprudence ; Pothier cite, en effet, un acte de notoriété du Châtelet de Paris, du 18 avril 1705. — Et l'art. 2102 a investi la créance du propriétaire d'un privilège que nous allons expliquer aussi rapidement que possible.

Rappelons auparavant une obligation du fermier

Digitized by Google

édictée par l'art. 1767 ; il est tenu d'engranger dans les lieux à ce destinés d'après le bail. Cet article, qui est général et s'applique aussi au colon partiaire (voir les *Travaux préparatoires*), se rapporte au privilège de l'art. 2102, n° 1 ; il a pour but de donner une sûreté au bailleur, de lui conserver son gage naturel, les fruits du fonds, et de le mettre à portée d'en prévenir la soustraction. (Rapport du tribun Mouricault.) Il reste entendu qu'à défaut d'indication du bail sur les lieux d'engrangement, on doit se conformer à l'usage suivi dans la ferme.

PRIVILÈGE DU BAILLEUR.

L'explication de ce privilège exigeant certains développements, nous examinerons successivement l'étendue des créances qu'il garantit, les objets sur lesquels il porte, etc...

— *Etendue de la créance garantie.* — C'est de Rome que vient ce privilège. Nous savons, en effet, que les auteurs anciens accordaient au bailleur une hypothèque tacite sur les fruits du fonds comme sûreté de ses fermages. Les coutumes allèrent plus loin encore, et celles d'Orléans et de Paris, notamment, étendirent ce droit de gage sur les meubles que les fermiers ont dans les lieux loués. Certaines allèrent même fort loin dans leur ardeur à favoriser le bailleur, et lui permirent d'employer des moyens bien rigoureux. La coutume d'Orléans, par exemple, permettait au bailleur d'employer la saisie-exécution, c'est-à-dire de faire faire, par le ministère d'un sergent, une saisie des meubles du fermier, par laquelle il les mettait sous la main de la justice, en la garde d'une ou plusieurs personnes,

Digitized by Google

pour les vendre ensuite à l'encan; et cela, lors même que le bail aurait été fait sous signature privée ou par une simple convention verbale (art. 406).

Cette règle était absolument en dehors du droit commun, et la coutume de Paris ne permettait, en l'absence de titre exécutoire, de faire qu'une saisie-gagerie; cette saisie consistait à établir un gardien auxdits meubles, mais ne donnait pas au saisissant le droit de les faire vendre, avant d'avoir obtenu sentence. La coutume de Bordeaux, moins sévère encore, ne permettait cette même saisie-gagerie que quand il y avait « mandement de juge ou instrument de notaire ayant pouvoir de recevoir instruments. » (Art. XL, *Coutumes du Parlement de Guienne*, p. 284.)

Notre législateur a adopté les mêmes principes et réglementé la saisie-gagerie dans les art. 819 et suiv. du Code de procédure civile.

Les créances garanties par le privilège sont toutes celles qui dérivent de la nature même du contrat ou qui résultent des conditions spéciales réglées par les parties; le privilège a donc lieu pour le paiement des fermages, pour l'obligation de réparer le dommage causé par sa faute, pour les réparations locatives, pour l'obligation de faire des plantations d'arbres et autres améliorations; en un mot, « *pour tout ce qui concerne l'exécution du bail*, » puisque ce sont les termes dont se sert l'art. 2102.

Dans quelle mesure ces créances seront-elles garanties? Le Code a établi une distinction suivant que le bail avait reçu ou non date certaine avant l'événement qui a donné lieu au concours des créanciers, c'est-à-dire avant la faillite ou la saisie des meubles par les autres créanciers.

Le motif de cette distinction est d'écarter tout moyen

Digitized by Google

de fraude de la part du fermier qui pourrait s'entendre avec le bailleur pour exagérer le prix du bail et sa durée, et nuire ainsi aux autres créanciers. Dans la discussion au Conseil d'Etat, M. Begouen soutint que, les baux ruraux étant notoires, on devrait donner au propriétaire un privilège, même lorsqu'ils sont rédigés sous-seing privé ; que la fraude n'était pas à craindre entre un fermier et un propriétaire qui l'exécute, et que la disposition proposée était désavantageuse pour le bailleur, qu'elle expose à perdre des fermages arriérés. Mais M. Béranger répondit que la collusion serait possible, si l'on accordait aux baux sous-seing privé un privilège qui primerait même les créances dont la date serait certaine. M. Treilhard ajouta que cette réflexion était décisive, et que la fraude serait d'autant plus facile que, si le fait du bail est notoire, les conditions ne le sont pas. (*Discussions au Conseil d'Etat*, par Regnauld de Saint-Jean-d'Angély et Jouanneau, II, 783.)

Examinons les deux hypothèses et voyons les dispositions de la loi.

a. Si le bail est authentique, ou *a reçu date certaine avant* la faillite ou la saisie, le privilège existe pour tout ce qui est échu et tout ce qui est à échoir. Mais cette disposition, étant fondée sur une présomption de bonne foi, ne s'appliquerait pas s'il était prouvé que le bail a été frauduleusement fait en prévision de la saisie.

b. Si le bail n'*a pas acquis date certaine* avant la saisie ou la faillite, le privilège existe tout de même, mais « seulement pour une année, à partir de l'expiration de l'année courante. »

Certains auteurs ont prétendu que les termes de la loi étant formels, le privilège n'existait, dans ce cas,

Digitized by Google

que pour l'année qui suit l'année courante, et non pour cette année courante elle-même. (Tarrible, *Répertoire* ; — Grenier, II, 309.)

D'autres, au contraire, pensent que l'année courante jouit du privilège, car on ne comprendrait pas une loi présumant la sincérité du bail pour une année à venir et non pour l'année courante, à l'occasion de laquelle il y a bien moins de fraudes à redouter. (M. Valette, *Privilèges et Hypothèques*, I, 72.)

Mais la majorité des auteurs et la jurisprudence admettent que les années sur lesquelles porte le privilège sont les années échues, l'année courante et l'année qui suit l'année courante. La loi, dit-on dans ce système, n'est restrictive que pour l'avenir ; si elle avait voulu l'être aussi pour le passé, elle s'en serait expliquée clairement comme elle l'a fait pour les années à échoir. Et puis, on ne voit pas de bonnes raisons pour craindre les fraudes dans le passé : si, en effet, le bailleur et le fermier faisaient un nouveau bail afin d'exagérer le prix du bail et le nombre d'années échues, le fait du commencement du bail étant notoire et les prix ordinaires des baux étant connus, il serait facile de découvrir la fraude. Quant à la suppression possible des quittances de paiement des termes échus, elle est aussi à craindre quand il y a date certaine, et aucun remède ne peut prévenir cette fraude. (Duranton, XIX, 92 ; — Aubry et Rau, III, 261 ; — Cassation, 8 juillet 1824 et 6 mai 1835.)

Nous ferons remarquer, cependant, que la discussion au Conseil d'Etat, que nous avons résumée plus haut, semble indiquer que le législateur ne considérait pas comme imaginaires ou exagérés les dangers de fraudes auxquels cette dernière opinion n'attribue que peu d'importance.

Digitized by Google

Une fois que le propriétaire aura ainsi touché, suivant les cas, le montant de tout ce qui est à échoir ou seulement d'une année à partir de l'année courante, les autres créanciers du fermier pourront jouir du fonds, c'est-à-dire pourront le sous-louer. Ils auront ce droit, que le bail eût ou non date certaine, car le bailleur ne peut équitablement jouir de l'immeuble, tout en ayant touché les fermages.

Nous admettons, avec MM. Aubry et Rau (III, 261), qu'ils ont ce droit, alors même que le bail contiendrait interdiction de sous-louer ; l'équité le demande, et, s'il n'en était pas ainsi, l'art. 2102 serait inutile et ne ferait, en leur accordant ce droit dans le cas où il n'y pas défense de sous-louer, qu'être une répétition de l'art. 1166, ce que nous ne devons pas supposer.

Toutes ces dispositions du Code ne sont plus en vigueur en ce qui concerne les faillites : elles ont été modifiées par la loi du 12 février 1872. Nous nous contenterons d'en reproduire ici les passages principaux :

« Article 1er. — Les articles 450 et 550 du Code de commerce sont modifiés et remplacés par les dispositions suivantes :

Art. 450. — Les syndics auront, pour les baux des immeubles affectés à l'industrie ou au commerce du failli, y compris les locaux dépendant de ces immeubles et servant à l'habitation du failli et de sa famille, huit jours, à partir de l'expiration du délai accordé par l'article 492 du Code de commerce...., pendant lesquels ils pourront notifier au propriétaire leur intention de continuer le bail, à la charge de satisfaire à toutes les obligations du locataire. — Cette notification ne pourra avoir lieu qu'avec l'autorisation du juge-commissaire et le failli entendu. — Jusqu'à l'expiration de ces huit

Digitized by Google

jours, toutes voies d'exécution sur les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce et de l'industrie du failli et toutes actions en résiliation du bail sont suspendues, — sans préjudice de toutes mesures conservatoires, et du droit qui serait acquis au propriétaire de prendre possession des lieux loués. Dans ce cas, la suppression des voies d'exécution établie au présent article cessera de plein droit. — Le bailleur devra, dans les quinze jours qui suivront la notification qui lui serait faite par les syndics, former sa demande en résiliation. Faute par lui de l'avoir formée dans ledit délai, il sera réputé avoir renoncé à se prévaloir des causes de résiliation déjà existantes à son profit.

Art. 550. – L'article 2102 du Code civil est ainsi modifié, à l'égard de la faillite : Si le bail est résilié, le propriétaire d'immeubles affectés au commerce ou à l'industrie du failli aura privilège pour les deux dernières années de location échues avant le jugement déclaratif de faillite, pour l'année courante pour tout ce qui concerne l'exécution du bail et pour les dommages-intérêts qui pourront lui être alloués par les tribunaux. — Au cas de non résiliation, le bailleur, une fois payé de tous les loyers échus, ne pourra pas exiger le paiement des loyers en cours ou à échoir, si les sûretés qui lui ont été données lors du contrat sont maintenues ou si celles qui lui ont été fournies depuis la faillite sont jugées suffisantes. — Lorsqu'il y aura vente et enlèvement des meubles garnissant les lieux loués, le bailleur pourra exercer son privilège comme au cas de résiliation ci-dessus et en outre pour une année à échoir à partir de l'expiration de l'année courante, que le bail ait ou non date certaine. — Les syndics pourront continuer ou céder le bail pour tout le temps restant à courir, à la charge par eux ou leurs cessionnaires de

Digitized by Google

maintenir dans l'immeuble gage suffisant, et d'exécuter, au fur et à mesure des échéances, toutes les obligations résultant du droit et de la convention, mais sans que la destination des lieux puisse être changée. Dans le cas où le bail contiendrait interdiction de céder le bail ou de sous-louer, les créanciers ne pourront faire leur profit de la location que pour le temps à raison duquel le bailleur aurait touché ses loyers par anticipation...»

— *Objets sur lesquels porte le privilège.* — Nous avons déjà vu qu'à Rome l'hypothèque tacite du propriétaire ne portait que sur les fruits de la ferme, tandis que certaines coutumes étendirent ce droit de gage, à l'exemple de ce qui avait lieu pour les maisons de ville, sur les meubles garnissant le fonds loué. (*Coutumes de Paris* et d'*Orléans*). Un grand nombre de coutumes résistèrent cependant, ainsi que de nombreux auteurs à cette intention, et les commentateurs de la coutume de Bordeaux disaient « que cette disposition des coutumes de Paris et d'Orléans devait être limitée dans l'étendue de leur ressort, quoi qu'en puissent dire Basnage et Pothier. » (*Coutume du Parlement de Guienne*, l. 288).

Le Code a suivi l'opinion des coutumes de Paris d'Orléans et de Pothier, et décidé que le privilège porte sur les fruits de la récolte de l'année, sur tout ce qui garnit la ferme, et sur tout ce qui sert à son exploitation.

a. Fruits de la récolte de l'année. — Lorsque les fruits ont été perçus, ils sont devenus la propriété du fermier, et le législateur fait porter sur eux le privilège, parce que c'est la chose même du bailleur qui les a mis dans le patrimoine du fermier. Au reste, le prix du fermage étant l'équivalent des fruits, puisque le fermier peut obtenir, comme nous l'avons vu plus haut, une remise du prix lorsqu'il a été privé par cas fortuit de tout ou

Digitized by Google

partie de la récolte, il est fort juste que cette récolte soit le gage du bailleur pour le paiement du prix.

Les fruits de la récolte de l'année sont compris dans le privilèg, qu'ils soient engrangés ou non dans les bâtiments appartenant à un tiers. C'est afin d'éviter ces complications que l'art. 1767 ordonne au fermier d'engranger dans les lieux à ce destinés.

Les fruits des années précédentes ne sont soumis au privilège que s'ils sont engrangés dans les bâtiments de la ferme, et alors à titre d'objets garnissants.

b. Objets garnissants. — Le privilège est fondé sur une constitution tacite de gage consentie par le fermier par le fait seul d'avoir apporté ces objets dans la ferme.

Que faut-il entendre par *objets garnissants?* — La plupart des auteurs entendent par là seulement les objets apparents, parce que le propriétaire n'a pas pu compter que sur ceux-là.

M. Valette a procédé par énumération, et a rangé dans cette catégorie les meubles meublants, les choses apportées pour être consommées dans le bien loué, les objets placés en évidence, et les objets qui, quoique non apparents, sont destinés par leur nature à rester dans la maison, tels que le linge et la vaisselle. Le bailleur, au contraire, n'a pas de privilège sur les bijoux, l'argent, etc., parce qu'il n'a pu raisonnablement compter que ces objets resteraient dans sa maison.

Pothier admettait que tous les meubles étaient obligés, qu'ils fussent en évidence ou non, pourvu qu'ils fussent dans la maison pour y demeurer. M. Mourlon adopte cette opinion, et va peut-être même plus loin, car il ne semble pas exiger que les meubles y soient apportés pour y demeurer. Il s'appuie sur l'art. 819 du Code Procéd. civile, qui parle d'une manière générale des « effets et fruits étant dans lesdites maisons et bâti-

Digitized by Google

ments ruraux. » Il en excepte seulement, comme Pothier, les créances, qui, étant des choses incorporelles, n'ont et ne peuvent avoir aucune situation : *nullo circumscribuntur loco*, et l'argent comptant, qui n'est que le *signe* d'une valeur qui ne réside nulle part. (*Crit. du Comm.* de M. Troplong).

Nous avons supposé jusqu'ici qu'il s'agissait des objets appartenant au fermier; s'ils appartiennent à des tiers, ils sont soumis quand même au privilège, pourvu que le bailleur soit de bonne foi. Il appartiendra alors aux intéressés de prouver qu'il savait que les meubles appartenaient à des tiers; on présumera même qu'il le savait lorsqu'il s'agit d'objets dont l'introduction dans la maison est une conséquence de la profession du locataire. Supposons, par exemple, que le fermier exerçât la profession de tailleur : le bailleur n'aurait pas de privilège sur les vêtements qu'on lui donnerait à arranger.

Les objets appartenant au sous-fermier sont soumis au privilège, mais seulement dans les limites du sous-bail.

c. Objets servant à l'exploitation. — L'énumération de tout ce qui sert à l'exploitation serait longue et n'offrirait aucun intérêt : il s'agit évidemment de tous les ustensiles aratoires, des machines agricoles, des bestiaux, etc.

Nous dirons, à ce sujet, que ces objets, de même que ceux qui garnissent la ferme, ne sont pas atteints par le droit du bailleur lorsqu'ils ont été perdus ou volés : ils peuvent être revendiqués par le propriétaire selon les rèlges ordinaires.

Du droit de revendication du bailleur. — Notre ancien droit n'avait pas admis la règle romaine que l'hypothèque suivît les meubles dans quelque main qu'ils

Digitized by Google

passent, et toutes les coutumes disaient que *meubles n'ont pas de suite par hypothèque.* Certaines cependant, ajoutaient « *si ce n'est pour louage de maisons* » (*Cout. d'Auxerre*, 3, 129), et celles qui ne contenaient pas de dispositions expresses à ce sujet, admettaient quand même ce droit de revendication. Le Code a fait de même et décidé que le privilège du bailleur survit au déplacement des meubles garnissant la ferme.

Cette revendication n'est point fondée sur le droit de propriété ; le détournement qui a été fait de ces objets est considéré comme une espèce de vol de droit de gage : le bailleur a le droit de les revendiquer, mais cette revendication n'est point fondée sur le droit de propriété.

C'est un droit spécial qui tend seulement à faire réintégrer dans la ferme les objets qui la garnissaient, pour ensuite les faire saisir et vendre : c'est une *saisie en revendication.* (Boileux, *Comm. sur le Code civil).*

Observons que le droit de revendiquer n'existerait pas sur des objets qui, par leur nature, étaient destinés à être vendus : il en serait ainsi pour des marchandises vendues par un marchand, car elles ne servent de gage que dans leur universalité et ne sont pas des meubles garnissants.

Ce droit peut être exercé, non seulement contre le fermier qui aurait transporté les choses soumises au privilège dans une maison lui appartenant, mais même contre un acheteur de bonne foi. Son exercice est seulement soumis à deux conditions. Il faut d'abord que les meubles aient été déplacés sans le consentement exprès ou tacite du bailleur ; il faut ensuite que ce bailleur fasse la revendication dans les quarante jours qui suivent l'enlèvement s'il s'agit d'une ferme, et dans les quinze jours s'il s'agit de meubles garnissant une maison. Le délai ne serait plus le même si le tiers acqué-

Digitized by Google

reur avait employé des moyens détournés pour opérer le déplacement ; il ne courrait alors que du jour ou le bailleur a eu connaissance de ce déplacement. Certains auteurs pensent même que dans ce cas, c'est-à-dire lorsque le tiers acquéreur est de mauvaise foi, l'action durerait trente années.

Le bailleur ne pourrait pas revendiquer contre les tiers qui auraient acheté les meubles en foire ou marché, ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, sans leur rembourser le prix d'achat ; il faut appliquer ici les dispositions de l'art. 2280.

— *Concours avec d'autres privilèges.* — En même temps qu'il est débiteur du propriétaire, le fermier peut avoir d'autres créanciers privilégiés. Quels seront les privilèges qui primeront les autres ?

Le privilège de locateur peut d'abord se trouver en concours avec le privilège d'un autre locateur, comme nous l'avons vu dans le cas où la récolte de l'année a été engrangée dans des bâtiments appartenant à des tiers. On admet généralement que le privilège du tiers locateur primera celui du propriétaire, si les bâtiments de la ferme ne pouvaient contenir la récolte, parce que, dans cette hypothèse, la conservation de la récolte est due au tiers locateur. S'il n'en est pas ainsi, le bailleur pourra revendiquer les fruits pendant quarante jours, et primera ensuite les autres créanciers, sauf les exceptions suivantes.

L'art. 2102 énumère trois privilèges qui priment celui du bailleur : ce sont ceux du vendeur de semences et des moissonneurs sur la récolte elle-même, et celui du vendeur d'ustensiles aratoires sur le prix de ces ustensiles.

Les deux premiers sont fondés sur l'idée de frais

Digitized by Google

faits pour la conservation de la chose et sont commandés par l'intérêt de l'agriculture. Ils primeront donc tous deux celui du bailleur, et, entr'eux, les frais dus aux moissonneurs passeront avant le prix des semences, parce qu'il faut mettre au premier rang la créance dont la cause a créé ou conservé *le plus actuellement* le gage commun. Sans semences pas de récolte, c'est vrai : mais aussi, sans frais de récolte, pas de gage.

Les vendeurs d'ustensiles aratoires priment également le bailleur, mais seulement sur le prix de ces ustensiles ; il n'est pas nécessaire de distinguer ici si le propriétaire savait ou non que ces instruments n'étaient pas payés. On justifie cette préférence en disant qu'il faut donner au cultivateur un crédit bien assuré pour l'acquisition et la réparation des instruments aratoires, et que ces ustensiles servent à produire la récolte, gage commun : mais alors pourquoi n'en a-t-on pas fait de même pour le vendeur de bestiaux ? Aussi plusieurs orateurs réclamèrent-ils au conseil d'Etat que le vendeur de bestiaux primât le bailleur. M. Jollivet prétendit qu'il en devait être ainsi lorsque le fermier achète des bestiaux à crédit, et M. Defermon affirma que c'était l'usage actuellement en vigueur. Leur avis ne fut pas adopté.

En réalité, le privilège de vendeur d'ustensiles aratoires prime celui de bailleur, parce qu'il est d'usage dans les campagnes que les cultivateurs soient en compte-courant avec les fabricants de ces objets, ce qui n'a pas lieu pour les bestiaux qui, d'habitude, se paient comptant. Le bailleur a dû supposer en conséquence que tout ou partie de ces instruments était dû, et n'a pas dû compter sur ce gage. Cette disposition, qui semble si exceptionnelle, est donc, en réalité, conforme au principe de notre matière, ainsi formulé par le consul

Digitized by Google

Cambacérés : « Le privilège du locateur primera tout autre privilège, à moins qu'il ne résulte *des circonstances* que le locateur a été instruit que les meubles (ou objets) dont la maison (ou la ferme) a été garnie n'appartenaient pas au locataire ». (*Discussion au Conseil d'Etat*, II, 785).

Digitized by Google

CHAPITRE SIXIÈME.

EXTINCTION ET RÉSILIATION DU BAIL.

Les modes d'extinction et de résolution des baux sont nombreux, quoique le Code n'ait pas cru devoir en faire une section spéciale.

1° — Le premier et celui dont l'application est la plus fréquente est *l'expiration du terme fixé* pour la durée du bail; le bail est alors résolu de plein droit. Mais comment déterminer la durée pour laquelle le contract a été fait? Si une convention expresse est intervenue, il n'y a pas de difficulté, mais qu'arrive-t il dans le cas contraire?

Le Code nous parle dans différents articles de baux faits sans écrit ou par écrit. On a critiqué avec raison ces expressions, qui, si on les prenait au pied de la lettre, signifieraient qu'il faut se préoccuper du point de savoir s'il a été dressé ou non un écrit. Cette rédaction est vicieuse, car il semblerait que les baux non écrits ne finiraient pas de plein droit par l'arrivée du terme, lors même qu'il serait prouvé qu'un terme a été convenu, et que dans les baux écrits on pourrait donner congé lors même qu'un terme n'aurait pas été fixé. Or, qu'importe que le bail soit écrit ou verbal si la durée a été fixée par les parties ou l'usage des lieux? L'écriture est absolument indifférente, dit avec raison M. Delvincourt; et si le législateur s'est servi d'expressions aussi peu justes, cela tient à ce que la durée des baux faits verbalement est en général indéterminée, tandis que celle des baux faits par écrit est presque toujours

Digitized by Google

fixée. La loi a statué sur ce qui se fait le plus souvent ; et il faut entendre par *baux écrits*, ceux qui ont été faits pour un certain temps, à l'expiration duquel ils doivent cesser de plein droit, qu'ils aient été constatés ou non par écrit ; et par *baux non écrits*, ceux qui ont été faits sans terme déterminé.

Remarquons également que dans les baux à ferme le contrat cessera de plein droit dans tous les cas, la durée de ces baux étant toujours limitée (art. 1774 et 1775). L'article 1736 ne s'appliquera donc qu'aux baux à loyer et eux seuls nécessiteront la signification de *congés* donnés dans les délais en usage ; il a été dérogé à cet article, qui paraissait cependant général, par les articles placés dans la section spéciale des baux à ferme.

Nous venons de dire qu'à l'inverse des baux à loyer, les baux à ferme ont toujours un terme fixé ; à défaut de convention expresse, il y a en effet une convention légalement présumée. Le bail sans écrit, d'un fonds rural, est-il dit dans l'art. 1774, est censé fait pour le temps qui est nécessaire afin que le preneur recueille tous les fruits de l'héritage affermé. Ainsi, le bail à ferme d'un pré, d'une vigne et de tous autres fonds dont les fruits se recueillent en entier dans le cours de l'année, est censé fait pour un an. Le bail des terres labourables, lorsqu'elles se divisent par soles ou saisons, est censé fait pour autant d'années qu'il y a de soles.

Nous avons déjà parlé des assolements, et nous savons qu'une sole est une certaine quantité de terre de la masse de celle du domaine, que l'on destine à une culture particulière. Or, il est bien certain qu'en louant une ferme divisée en trois soles ou saisons, le preneur a eu l'intention de recueillir le même genre de récolte, par exemple du blé, sur chacune des trois soles. Cha-

Digitized by Google

cune des divisions pouvant être inégales, sinon comme étendue, du moins comme qualité de terrain, et une portion restant en jachère, il n'aura joui pleinement des fruits de la chose qu'autant que le bail aura duré trois années.

Si dans le domaine affermé il se trouvait des terres labourables divisées en trois soles et des fonds qui se récoltent en un an, comme des prés ou des vignes, il faudrait rechercher quel est l'élément le plus important du domaine, et décider que l'accessoire suivra le principal. Il en serait de même si la propriété comprenait des bois taillis; que faut-il décider lorsqu'un bois taillis fait à lui seul l'objet d'un bail? Le projet du Code civil décidait que « le bail d'un bois taillis, lors même qu'il se partage en plusieurs coupes, n'est censé fait que pour une coupe. » La Cour de Rennes présenta des observations, disant qu'on est présumé vouloir céder la jouissance intégrale de ce qu'on loue. « Si donc un bois taillis se divise en plusieurs coupes, le preneur doit les avoir toutes; autrement, si on ne lui en donne qu'une, ce n'est plus le bois taillis qui lui est affermé, mais une partie : ce qui est contraire à l'hypothèse d'une ferme de bois taillis dans son intégralité. » (Fenet, v. 395, et XIV, 239).

Après une assez longue discussion, le Conseil d'Etat supprima les dispositions que contenait le projet, mais ne mit rien à la place, laissant aux magistrats à apprécier selon les circonstances. Nous pensons que, le cas échéant, il faut adopter la solution réclamée par la Cour de Rennes, solution appuyée sur des motifs parfaitement exacts.

Si nous supposons qu'il n'y ait pas de jachère dans un assolement, que, par exemple, un domaine soit divisé en deux soles, pour combien de temps le bail

Digitized by Google

sera-t-il fait ? Pour deux ans, répond M. Marcadé, et les raisons que nous avons exposées semblent le commander ainsi ; il est cependant des pays où l'usage constant veut que le bail ne soit fait dans ce cas que pour un an, la récolte étant entière dans ce laps de temps.

Des auteurs prévoient le cas de fonds qui donnent plusieurs récoltes par an, tels que les jardins potagers et les prairies, et ils décident que les baux de ces héritages sont censés faits pour une année. On ne saurait les réduire à six mois, les diverses récoltes ne suivant pas la division de semestre, et les regains ne se coupant pas six mois juste après les premières herbes ; l'année entière est donc nécessaire pour que le fermier recueille tous les fruits.

Lorsqu'à l'expiration du bail, le fermier reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail appelé tacite réconduction. Nous en étudierons les règles après avoir parcouru les autres modes de résolution des baux.

Si nous supposons le bail expiré et qu'il n'y ait pas de tacite réconduction, le propriétaire peut obtenir l'expulsion du fermier récalcitrant par ordre du juge et par le ministère d'un huissier. Mais est-il permis d'employer un moyen plus expéditif et plus économique ? — M. Troplong en rapporte un « qui n'est pas moins légal, » dit-il, et qui consiste à enlever les portes et les fenêtres de l'habitatien en présence d'un huissier requis. Ce procédé existe en Ecosse, ainsi que nous l'apprend Walter Scott : « On commence à enlever le toit des chaumières et à jeter par terre les portes et les fenêtres, mode d'expulsion très sommaire, très efficace, et qui est encore en usage dans quelque partie de l'Ecosse, quand un fermier se montre réfractaire. » *(Guy Mannering*, ch. VIII.) Cet usage, qui remontait à l'antiquité la plus reculée, *de antiquâ consuetudine*, était admis par

Digitized by Google

plusieurs de nos anciennes coutumes, entre autres, par celles de Dauphiné et d'Auvergne. Un arrêt de la Cour de Nancy du 7 août 1834, a décidé, qu'un propriétaire en agissant ainsi, « n'avait fait qu'user du droit de propriété devenu plein et absolu, puisqu'il était maître de se servir de la chose de la manière qu'il entendait, aucun droit rival ne limitant plus le sien ; » et M Troplong approuve fort cette décision. Certains tribunaux, cependant, pensent qu'agir ainsi, c'est se faire justice à soi-même, contrairement à la loi, et M. Troplong nous dit lui-même, qu'on pourrait citer plus de cent jugements du tribunal de Bordeaux qui ont décidé que, même dans le cas de non-paiement très prolongé, le bailleur n'a pas le droit de troubler le locataire par enlèvement de contrevent, d'escalier, de toiture, etc.

2° — *La perte de la chose* résout également le bail, qu'elle arrive par cas fortuit ou par la faute de l'un des deux, sauf, dans ce dernier cas, paiement de dommages-intérêts. — Si la perte est totale, la résolution a lieu de plein droit : le bailleur, ne pouvant plus entretenir la chose et en procurer la jouissance au fermier, n'a plus droit au prix. Si la perte est partielle, les juges apprécieront selon les circonstances si le fermier, ayant intérêt à continuer le bail, pourra faire les réparations nécessaires et conduire le contrat jusqu'à sa fin ; le propriétaire ne saurait alors s'y opposer, à moins de fautes commises par le preneur. La crainte d'un danger que présenterait la chose pourrait même, dans certains cas, autoriser une demande en résiliation ; il en serait ainsi pour un locataire qui aurait un juste sujet d'appréhender la ruine de la maison.

3° — Il en est de même de l'*inexécution* des engagements contractés par les parties. Le bail est un contrat synallagmatique ; par suite, la partie qui remplit ses

Digitized by Google

obligations peut demander la résolution avec dommages-intérêts, ou bien que l'autre soit forcée d'exécuter les siennes (art. 1184). Cette demande aura lieu, par exemple, pour tout usage abusif de la chose ou son changement de destination, ou par défaut de paiement du prix. Il faudra appliquer les règles générales de la condition résolutoire, à moins de convention expresse : la résiliation n'aura jamais lieu de plein droit et les juges pourront accorder un délai.

Dans le cas de non-paiement du prix, après quel délai le bail pourra-t-il être résolu ? Nous avons vu ce qui en était en droit romain, et nous savons que notre ancienne jurisprudence exigeait deux termes de retard, sans compter le courant ; le débiteur pouvait, en outre, purger la demeure. Lors de la rédaction du Code, plusieurs cours d'appel demandèrent que l'on déterminât ces différentes conditions ; le législateur ne l'a pas fait : les magistrats ont donc un pouvoir souverain d'appréciation à ce sujet. Cette cause de résiliation comprend également les cas prévus dans les articles 1766 et 1767.

4° — *L'expropriation* est une autre cause de résolution. Le jugement d'expropriation emporte résiliation, et, nous disent MM. Aubry et Rau, le droit à une indemnité est acquis au preneur par l'effet même de ce jugement, nonobstant l'offre faite par l'expropriant de maintenir le bail jusqu'à son expiration. Cette solution est fondée sur les articles 17 et 18 de la loi de 1841 et un arrêt de cassation d'avril 1862 l'a décidé ainsi. — L'éviction du bailleur emporte aussi résiliation de contrat, qu'il possédait avec ou sans titre, excepté pour l'héritier apparent.

5° — Lorsque le droit de propriété du bailleur est *annulé ou rescindé*, le bail tombe, par application de la

Digitized by Google

règle *quod nullum est nullum producit effectum*. Il en est ainsi, sauf lorsque le titre de propriété autorise à passer des baux, ce qui arrive pour les donataires, les grevés de substitution, etc. Le mari peut, nous le savons, passer des baux de neuf années obligatoires pour la femme après la dissolution de la communauté, (voir les articles 1429 et 1430,) et l'article 1718 décide que ces dispositions sont applicables aux baux consentis par les tuteurs. Il en est de même des baux passés par un usufruitier.

Le vendeur qui use de la faculté de rachat est également tenu de respecter les baux faits par l'acquéreur (article 1673) ; nous pensons aussi que ceux passés par un acquéreur dont l'achat est résolu pour défaut d'exécution des engagements sont valables. La résolution d'un bail principal, au contraire, emporte celle du sous-bail, le fermier principal n'ayant pu transmettre plus de droits qu'il n'en avait lui-même.

Le bail est encore résolu de plein droit lorsque le fermier a succédé au bailleur, soit à la propriété, soit seulement à l'usufruit de l'héritage qu'il tenait de lui à ferme, puisqu'on ne peut être fermier de sa propre chose ou d'un objet dont on a l'usufruit.

— La *mort* du bailleur ou celle du fermier ne font pas cesser le bail (art. 1742). On le décidait ainsi dans notre ancien droit, excepté quelques coutumes peu nombreuses qui disaient que *mort rompt tout louage (Cout. de Lorraine)*. Cette dernière solution a été consacrée par le droit germanique. Les obligations des parties passent donc à leurs héritiers. Il en serait différemment si le bail était fait pour une durée qui serait ainsi indiquée : *tant qu'il plaira au bailleur*, ou *tant qu'il plaira au fermier ;* la mort enlève le concours de volonté nécessaire à l'existence du bail.

Digitized by Google

Certains auteurs ont pensé que les baux à colonage partiaire étaient résolus par la mort du métayer. Ils se sont basés pour le décider ainsi sur ce que, dans ce bail, bien plus que dans le bail à ferme, le colon est choisi à cause de ses qualités personnelles, *intuitu personæ*. Cela est vrai, puisque l'art. 1763 défend au métayer de sous-louer sans le consentement du propriétaire, tandis que le fermier peut le faire, et cette raison qui fait admettre par des auteurs que le bail à colonage constitue une société plutôt qu'un louage, les porte à donner la solution que nous venons d'indiquer. (Bartole, — Delvincourt, — Troplong.) — Le plus grand nombre, au contraire, des commentateurs du Code, croient que le législateur qui a établi une différence entre le fermier et le colon partiaire, au point de vue du droit de sous-louer, aurait expressément déclaré, si telle avait été son intention, qu'il voulait déroger également à la règle de l'art. 1742; d'autant plus que cette règle était l'opinion générale admise autrefois. (Coquille, — Duranton, — Duvergier, — Marcadé.)

— *Aliénation du fonds*. — Nous savons déjà l'importance de la disposition de l'art. 1743 qui interdit à l'acquéreur d'un bien affermé d'expulser le fermier à moins de réserve expresse dans le bail. — La loi *Emptorem* avait établi le principe contraire à Rome et notre ancien droit l'admettait également. — Le droit intermédiaire avait fait une tentative pour repousser cette solution, et la loi du 28 septembre 1791 avait décidé que lorsque le bail d'un bien rural ne dépassait pas six années, l'acquéreur était tenu de l'entretenir ; s'il dépassait six années, l'exercice du droit d'expulsion était subordonné à des conditions nombreuses afin d'en détourner l'acheteur.

Nous avons vu, dans un chapitre spécial, que la nou-

velle disposition du Code est la base du système de M. Troplong reconnaissant au preneur un droit réel. Nous n'y reviendrons pas et nous expliquerons seulement l'étendue d'application de notre article. Son but est de favoriser les établissements agricoles ou industriels et leur développement, ce à quoi nuisaient beaucoup l'instabilité et la fragilité du droit qui était concédé aux preneurs, et de donner à ces derniers la sécurité qui leur est nécessaire.

Bien que la loi se serve du mot *vente* et du mot *acquéreur*, on est d'accord pour étendre sa disposition aux échanges, donations ou legs. Elle s'est servie de l'expression qu'on employait le plus fréquemment dans ce cas, qu'employait la loi *Emptorem* elle-même que l'on voulait détruire, mais il faut l'interpréter d'une manière générale. La discussion du Code ne laisse aucun doute à ce sujet, et du reste, déjà dans l'ancien droit on n'appliquait plus la loi *Emptorem* aux donations et aux legs.

On a discuté plus sérieusement sur le mot *expulser*, et l'on s'est demandé si l'art. 1743 ne s'appliquait qu'au cas où le fermier est *déjà en possession* au moment de l'aliénation de l'immeuble affermé. La majorité des auteurs admet que l'acquéreur est, dans tous les cas, tenu de respecter le bail et qu'il ne peut s'opposer à l'entrée en jouissance du preneur. En effet, le but d'intérêt général que la loi a voulu atteindre, la sécurité qu'elle a entendu assurer à tout fermier qui a soin de donner date certaine à son bail, commandent de respecter aussi bien le bail non commencé que celui qui est en cours d'exécution. Et M. Jaubert prévoyait les deux hypothèses, lorsqu'il disait au Corps législatif : « Le bail pourra-t-il *être rompu* par la vente ? l'acheteur pourra-t-il expulser le fermier ou le locataire ? » —

Digitized by Google

En outre, la loi de 1791, que nous avons citée tout-à-l'heure, ne distinguait pas si le fermier *était ou non entré en possession*, et l'art. 1743 *a voulu compléter* la réforme commencée par l'Assemblée constituante. (M. Jaubert.) Enfin, l'art. 684 du Code de procédure civile montre bien l'intention du législateur en ne distinguant pas si le preneur est ou non en possession, lorsqu'il décide par *a contrario* que le bail est opposable aux créanciers saisissants et à l'adjudicataire, pourvu qu'il ait acquis date certaine avant le commandement. (Marcadé, Aubry et Rau.)

On s'est demandé lequel devait être préféré de deux fermiers, à qui le propriétaire a successivement consenti un bail, celui qui est en possession ou celui qui est le premier en date. Nous pensons que c'est celui qui est le premier en date (en date certaine, bien entendu). En effet, le bailleur ne pourrait consentir une vente qui pût être opposée à ce fermier, comment pourrait-il consentir un simple bail qui lui fût préjudiciable ? Puisque le droit du fermier l'emporte sur celui d'un acquéreur postérieur, à plus forte raison l'emportera-t-il sur celui d'un second fermier. Supposons, avec M. Marcadé, que Pierre, propriétaire d'une ferme, signe en janvier avec Primus, qui fait enregistrer son bail qui doit commencer en septembre ; en avril, il fait un autre bail à Secundus qu'il met de suite en possession, mais qui ne donne pas date certaine à son acte ; puis, en juin ou juillet, il vend la ferme à Tertius. L'acquéreur pourrait, puisque le bail de Secundus n'a pas date certaine, l'expulser de la ferme ; mais il ne pourra pas en septembre s'opposer à l'entrée en jouissance de Primus. Or, puisque Primus est ainsi plus fort qne Tertius, qui lui-même est plus fort que Secundus, comment donc ne serait-il pas plus

Digitized by Google

fort que ce dernier, si c'était à lui qu'il eût à s'adresser ?

Nous avons jusqu'ici laissé de côté les conditions auxquelles est subordonnée l'application de l'art. 1743 ; c'est que le bail soit authentique ou ait acquis date certaine avant l'acte d'aliénation, et qu'il n'ait pas été convenu, lors du bail, qu'en cas de vente, l'acquéreur aurait le droit de faire cesser le bail. Nous nous occuperons tout à l'heure des modifications apportées par la loi de 1855.

Dans le cas de vente à réméré, l'acheteur n'a pas le droit d'expulser le preneur, même lorsque les deux conditions ci-dessus indiquées ne sont pas remplies. Comme il est fort possible, pour ne pas dire probable, que son titre ne tiendra point, la loi n'a pas voulu lui permettre de résoudre un bail qu'il faudrait peut-être rétablir bientôt. — On a même prétendu que cette décision de l'article 1751 devait être étendue à toute vente faite sous une condition résolutoire ; le réméré n'étant qu'une application de cette règle générale, les motifs étant les mêmes et notre ancienne jurisprudence le décidant ainsi. On peut répondre cependant (M. Marcadé) que le cas de réméré ne peut être assimilé aux autres cas de vente sous condition résolutoire, la résolution étant dans ce cas *très probable*, tandis qu'il n'en est pas ainsi dans toutes les autres hypothèses.

Si nous examinons maintenant le cas où l'acquéreur peut expulser le fermier, nous voyons qu'il ne peut jamais le faire sans indemnité, lorsque le bail a acquis date certaine. Avant d'indiquer cette indemnité, nous ferons observer que la plupart des auteurs admettent qu'il suffit que la faculté d'expulsion soit réservée dans le bail et qu'il n'est pas nécessaire qu'il en soit fait mention dans l'acte de vente ; le fermier n'a aucune

Digitized by Google

objection à faire, puisque pour lui le bail est tout. Si cependant il résultait des circonstances que le bailleur n'a pas eu l'intention de transférer ce droit à l'acquéreur, les magistrats devraient juger d'après ces circonstances, afin de ne pas condamner le propriétaire à des dommages-intérêts qu'il a entendu éviter.

Le bailleur devra, dans le cas d'expulsion, payer au fermier une indemnité équivalente au tiers du prix du bail pour tout le temps qui reste à courir. (Art. 1746.) L'acquéreur est en outre tenu d'avertir le fermier au moins un an à l'avance (art. 1748) ; et les fermiers ne peuvent être expulsés qu'ils ne soient payés par le bailleur, ou, à son défaut, par le tiers acquéreur, des dommages-intérêts ci-dessus expliqués. (Art. 1749.)

Si le bail n'a pas date certaine, l'acquéreur n'est jamais tenu de payer les dommages-intérêts (art. 1750) ; le bailleur seul en est tenu. Mais il est toujours obligé d'avertir le fermier à l'avance : « L'humanité ne permet pas de jeter dehors, du jour au lendemain, une famille qui se trouverait ainsi sans abri. » Nos anciens auteurs admettaient déjà cette solution, quoiqu'ils fussent bien moins favorables que nous aux locataires.

Si l'acquéreur savait qu'il existait un bail, sa durée, et qu'il n'ignorât pas que le bailleur ne s'était pas réservé le droit d'expulsion, il ne pourrait se prévaloir de ce que le bail n'a pas date certaine. — Dans le cas d'expropriation, le fermier a droit à indemnité de la part de l'expropriant, même si le bail n'a pas date certaine. (Art. 21 de la loi de 1841.)

Digitized by Google

TRANSCRIPTION DES BAUX.

La loi du 23 mars 1855 est venue compléter et corriger heureusement le Code civil, en soumettant à la transcription, sur un registre spécial, les actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques. Mais elle eût été imparfaite si, outre ces actes et ceux qui constatent leur existence, elle n'avait cherché à rendre également publics ceux qui, sans constituer des droits réels, imposent à la propriété des charges de nature à en diminuer la valeur. Il était presque aussi indispensable de porter à la connaissance des tiers, voulant contracter avec le propriétaire, ces derniers que les autres.

C'est pour cette raison qu'elle a étendu, dans certains cas, la nécessité de la transcription aux *baux* et aux *quittances ou cessions de fermages non échus*.

Il n'en faudrait pas conclure que le législateur considérât pour cela le droit du preneur comme un droit réel. S'il avait eu cette pensée, il n'aurait pas distingué entre les baux de plus ou de moins de dix-huit ans; et, comme nous le rappelions au cours de ce travail, le rapporteur de 1855, M. Debelleyme, constatait, au contraire, que « la publicité donnée aux baux et quittances de loyer était une invasion faite dans le domaine des droits personnels,..... mais que c'était une condition indispensable du but que la loi se proposait. »

Après avoir hésité entre les chiffres de vingt-sept, de douze et de quinze ans, on s'arrêta à celui de dix-huit: et l'obligation de transcrire ne s'applique qu'aux baux de plus de dix-huit années (art. 2.) Mais tous les baux de cette durée y sont soumis, même ceux à colonage

Digitized by Google

partiaire : il est vrai que le cas se présentera bien rarement pour ce genre de contrats, qui sont faits généralement à l'année. Il importe peu, pour admettre cette solution, de les considérer ou non comme de véritables baux, car ils rentrent dans l'esprit de la loi par leurs effets, qui sont « de gêner la liberté de la vente de la chose et la réalisation du gage. » (Troplong, *de la Transcription*, nº 121.)

Faudrait-il déclarer soumis à l'obligation de la transcription un bail qui a été renouvelé avant son expiration pour une période qui ne dépasse pas dix-huit années nouvelles ? — Nous ne le croyons pas, car il y a là deux baux successifs et non un seul bail, et aucun de ces baux n'a la durée exigée par la loi de 1855. Il en serait autrement dans le cas de fraude, et il appartient aux tribunaux d'apprécier les circonstances. — Cette opinion, adoptée par MM. Troplong et Verdier, est, au contraire, vivement combattue par M. Mourlon, qui prétend qu'il n'y a en réalité qu'une simple prorogation du premier bail et qu'il n'est pas nécessaire de prouver la fraude. (*Revue prat.*, VII., 150). « Peu importe l'intention, dit aussi M. Gauthier, c'est le fait qu'il faut voir. »

Il nous semble qu'on ne peut chercher de point de comparaison dans le Code pour résoudre cette difficulté, la loi de 1855 n'ayant pas adopté la durée de neuf ans indiquée comme limite des pouvoirs d'administration dans les articles 1429 et 1430, et n'ayant fixé aucun délai dans lequel le renouvellement devait avoir lieu pour échapper à la transcription, ce qui eût été préférable ; mais puisqu'on cherche à y trouver un point d'appui pour l'opinion adverse, nous dirons qu'on y rencontre au contraire la preuve que le Code voit dans ces baux successivement renouvelés, plusieurs jouissances

Digitized by Google

continuées et non pas une seule jouissance. — En outre, puisqu'on reconnaît que le bail fait, avant l'expiration du bail courant, avec un nouveau fermier, ne serait pas soumis à la transcription, pourquoi n'en serait-il pas de même du bail fait avec le premier fermier dont on est satisfait? Il est évident qu'il faudrait qu'il y eût bonne foi, et si ce renouvellement était fait trop longtemps avant l'expiration du bail courant, cette circonstance pourrait servir à montrer aux juges s'il y a fraude ou non.

Le fermier ayant le droit de céder son bail, l'acte de cession d'un bail doit-il être transcrit ?

Non certainement, si le bail a été transcrit. La loi ne s'occupe, en effet, que des baux à long terme et non de leur cession, et il n'y a, en outre, que peu d'utilité pour les tiers à savoir qui, du cédant ou du cessionnaire, a le droit de jouir de l'immeuble. De plus et en principe, que le droit du preneur soit *réel* ou *personnel*, la transcription de l'acte de cession ne saurait être exigée.

Mais si le bail n'avait pas été transcrit, la transcription de l'acte de cession serait-elle suffisante vis-à-vis d'un tiers acquéreur qui ne ferait transcrire son contrat qu'après cette transcription ? On a dit que oui, le tiers étant de la sorte suffisamment averti. La plupart des auteurs admettent cependant qu'il n'en est pas ainsi, car il semble que le tiers pourrait répondre : « Le cédant, n'ayant pas fait transcrire son bail, ne pourrait s'en prévaloir pour une durée de plus de dix-huit ans : je pourrais l'évincer pour le surplus : or, le cessionnaire ne peut avoir plus de droits que son cédant. » (Rivière et Huguet, *Quest*, n° 151). Cette réponse n'est pas concluante, le cessionnaire ayant rempli une formalité que le cédant a négligée ; mais la vraie raison pour le décider ainsi, c'est la clandestinité du bail. La transcrip-

Digitized by Google

tion de la cession est faite, en effet, sous le nom du cédant, et le bail, quoique relaté dans l'acte de cession, resterait ainsi clandestin au regard des tiers se mettant en rapport de droit avec le bailleur. Le seul remède à cet inconvénient serait que le conservateur des hypothèques fît mention de cette transcription dans un article ouvert sous le nom du bailleur : mais l'art. 5 de la loi de 1855 ne lui impose pas cette obligation. Le cessionnaire devra donc, dans son intérêt, faire opérer la transcription du bail.

Si le bailleur intervenait à l'acte pour accepter le cessionnaire au lieu et place du cédant, il se formerait un nouveau bail, qui devrait être transcrit s'il restait plus de dix-huit ans à courir. M. Mourlon a prétendu qu'il n'en est pas ainsi, parce que l'ancien bail suffit à rendre publics le nom du propriétaire et toutes les charges à son compte, et qu'il importe peu que les tiers connaissent le véritable preneur. Ce raisonnement est inadmissible, car ce serait un système de publicité bien singulier et bien restreint que celui qui ne s'occuperait pas de signaler les noms de toutes les parties ! En outre un nouveau bail s'est formé, et il doit être transcrit comme devrait l'être la seconde vente dans le cas de deux ventes successives. Nous ajouterons qu'il ne saurait être indifférent pour les tiers de connaître le véritable titulaire du bail. Sans cela, le propriétaire aurait la plus grande facilité pour les tromper.

Il faut donner la même solution pour la sous-location que pour la cession de bail.

Nous avons décidé, malgré la controverse existant à ce sujet, que la concession d'exploiter une mine pouvait être l'objet d'un bail : on devra donc faire transcrire, conformément à la loi de 1855.

Les locations verbales à long terme, pour être opposa-

Digitized by Google

bles aux tiers, doivent être constatées postérieurement par un titre écrit ou par un jugement en tenant lieu, que l'on fera ensuite transcrire.

— Les paiements anticipés de loyers ou fermages sont presque toujours un indice de fraude envers les tiers acquéreurs ou les créanciers hypothécaires. Aussi, pour éviter les difficultés de preuve pouvant s'élever à ce sujet, la loi de 1855 a assujetti à la transcription tout acte ou jugement constatant, même pour un bail de 18 ans et au-dessous, quittance ou cession d'une somme équivalente à trois années de loyers ou fermages non échus. (Art. 2, n° 5.)

La présomption de fraude est établie par la loi dans ce cas; mais quand il s'agit de paiements anticipés de moins de trois années, on rentre dans le droit commun : les autres seuls doivent être livrés à la publicité. On n'a pas adopté le terme d'un an au lieu de trois années, ainsi que cela avait été proposé, la quittance de fermages de moins de trois ans pouvant constituer un acte de bonne administration.

Il faut appliquer les dispositions de la loi à la cession faite par le bailleur des droits résultant du bail à son profit, l'intérêt des tiers à la connaître étant le même.

Effets de la transcription. — Ces effets sont ainsi déterminés par l'article 3 : « Jusqu'à la transcription, les droits résultant des actes et jugements énoncés aux articles précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en se conformant aux lois. — Les baux qui n'ont point été transcrits ne peuvent jamais leur être opposés pour une durée de plus de dix-huit années. »

Examinons les différentes espèces de baux, et nous nous occuperons ensuite des paiements anticipés de fermages.

Digitized by Google

Baux de dix-huit ans et au-dessous. — Si le bail a été passé antérieurement à l'aliénation, il sera maintenu, puisque la vente ne résilie pas le bail et que cette catégorie de baux n'est pas soumise à la transcription.

S'il a été passé postérieurement et que l'acte d'aliénation ait été transcrit, le bail tombe comme consenti *à non domino.* — Mais il en serait autrement si l'acte de vente n'avait été transcrit qu'une fois le bail conclu, le vendeur étant resté jusqu'au moment de la transcription propriétaire vis-à-vis des tiers. Bien que ce principe ne s'applique d'une manière générale qu'aux droits réels, il a été étendu par notre loi au droit de bail, quoique personnel. Nous avons eu déjà occasion d'indiquer ce point : nous rappellerons seulement que dans la discussion au Conseil d'Etat, M. Rouher fit précisément changer les mots « droits réels » en « droits sur l'immeuble », afin d'éviter les difficultés que cela aurait pu faire naître. (Flandin, *Transcription*, n° 1263 et suiv.)

Vis-à-vis des créanciers hypothécaires, le bail tiendra toujours, qu'il ait été consenti antérieurement ou postérieurement à l'inscription hypothécaire, puisque le bailleur était toujours resté maître de son immeuble.

Baux de plus de dix-huit ans non transcrits. — Si le bail est antérieur à l'aliénation, il ne vaudra que pour dix-huit ans : cela résulte de l'article 3. Il en sera de même s'il est postérieur à l'acte de vente, mais antérieur à la transcription de cet acte. Il sera nul, au contraire, comme consenti *à non domino,* s'il est postérieur à cette transcription.

Par rapport aux créanciers hypothécaires, le bail tiendra, qu'il soit antérieur ou postérieur à l'inscription de l'hypothèque, le bailleur ayant toujours eu le droit d'administrer; mais il ne vaudra que pour dix-huit ans,

Digitized by Google

Que décider lorsque les baux ont été passés et transcrits, mais seulement après l'inscription ?

A cette question, posée au Corps législatif par M. Duclos, il ne fut fait de réponse ni par les orateurs du gouvernement, ni par le rapporteur. Un député, M. Allart, répliqua seulement que « si le bail ou la quittance anticipée sont postérieurs à la transcription du contrat de vente ou à l'inscription de l'hypothèque, *il est évident qu'ils ne peuvent avoir aucun effet.* » (Séance du 15 janvier 1855.)

Nous ne sommes pas de cet avis. Le débiteur propriétaire conserve le pouvoir d'administrer ; la limite de ce pouvoir n'est pas déterminée par le Code, il est vrai, puisque les dispositions relatives au mineur émancipé, à l'usufruitier et au mari ne lui sont pas applicables (Conf., art. 684 de Proc. civil.), mais elle ressort de l'esprit de la loi de 1855. Cette loi considère comme excédant les pouvoirs du débiteur, puisqu'elle les soumet à la transcription, les baux de plus de dix-huit ans. « Mais par la raison contraire, dit M. Flandin, n° 1258, ces baux deviennent inattaquables par les créanciers inscrits pour une période de dix-huit années, puisque, en deçà de ce terme, ils ne sont pas sujets à la transcription, ce qui prouve que la loi les considère comme rentrant dans les pouvoirs d'administration du débiteur. »

Certains auteurs pensent au contraire que ces baux sont valables pour toute leur durée, en prétendant que l'on doit encore appliquer l'art. 684 de Proc. civ. Mais puisque la loi déclare que les baux non transcrits, quoique antérieurs à l'inscription, ne peuvent être opposés aux créanciers inscrits, il nous semble qu'il en est de même, *à fortiori*, si l'inscription est antérieure non seulement à la transcription des baux, mais même à

Digitized by Google

leur date : si ce n'est pour une période de dix-huit ans.

A partir de quelle époque court le délai de dix-huit années pendant lequel les baux non transcrits peuvent être opposés aux tiers (art. 3, n° 2) ?

Relativement au tiers acquéreur : du jour de la transcription de la vente, dit M. Mourlon, du jour de l'acte de vente, disent MM. Rivière et Huguet. Une opinion intermédiaire est généralement admise, ne reconnaissant au preneur que le droit d'achever la période de dix-huit ans qui se trouvera en cours d'exécution au moment où la vente est transcrite. « Obliger l'acquéreur, dit M. Troplong, à subir le bail non transcrit jusqu'à concurrence de dix-huit ans, ce serait se montrer favorable au preneur qui est en faute et ne pas ménager les intérêts du nouveau propriétaire. » (*Transcr.* n° 203). Nous sommes en outre dans un cas analogue à celui de l'art. 1429, C. civ., et nous devons décider de même. Si l'on adoptait les opinions contraires, il arriverait presque toujours, contrairement à la volonté de la loi, que le preneur jouirait pendant plus de dix-huit ans.

Relativement aux créanciers inscrits, le principe est le même. Le débiteur ayant le droit d'administrer jusqu'au commandement à fin de saisie immobilière, ce sera de cet acte, le premier par lequel le créancier manifeste l'intention de réaliser son gage, que nous ferons partir le délai, et non du jugement d'adjudication. La transcription, n'ayant pas pour but de protéger les créanciers chirographaires, les baux leur seront opposables pour toute leur durée.

— *Baux de plus de dix-huit ans transcrits.* — Ils sont opposables aux tiers pour toute leur durée et doivent être exécutés dans leur entier : c'est incontestable.

Il en est ainsi lors même que le bail n'aurait été consenti qu'après la vente, s'il a été transcrit avant que

Digitized by Google

l'acquéreur ait soumis son contrat à la formalité. C'est la transcription qui, d'après la loi de 1855, fixe les droits des parties, et il importe peu qu'il s'agisse de droits réels ou personnels ; la loi a assimilé le droit du preneur à un droit réel, lorsque le bail est excessif.

Nous remarquerons que la transcription n'ayant été introduite que dans l'intérêt des tiers, le preneur ne pourrait se prévaloir du défaut de transcription du bail pour se refuser à l'exécuter.

Si deux fermiers se trouvaient en concours par suite de deux baux consentis successivement, celui qui aurait le premier fait transcrire devrait être préféré, par application des principes de la loi de 1855. Il n'en serait plus ainsi si l'un des baux n'était pas de plus de dix-huit années ; les règles de la transcription n'ayant plus d'objet, on déciderait selon les principes généraux. Nous avons adopté à ce sujet l'opinion des auteurs qui règlent la préférence par l'antériorité des actes ayant date certaine sans s'occuper de la prise de possession.

Il résulte de l'art. 3, combiné avec la disposition finale de l'art. 2 de la loi de 1855, que toute *quittance* ou *cession* d'une somme équivalente à trois années de fermages non échus qui n'a pas été transcrite, ne peut être opposée aux tiers qui ont des droits acquis et légalement conservés sur l'immeuble. Mais il s'agit de savoir si ces quittances ou cessions sont nulles pour le tout ou seulement réductibles à moins de trois ans.

Nous pensons qu'elles sont nulles pour le tout. Le législateur, en effet, a cru devoir s'expliquer à ce sujet relativement aux baux ; la clandestinité a pour effet seulement de les faire réduire à dix-huit ans, mais il n'a au contraire rien dit quant aux paiements anticipés ; il les a laissés sous l'empire des dispositions générales des articles 1 et 2. « C'est avec raison, et par suite

Digitized by Google

d'un dessein prémédité, que la loi a gardé le silence et n'a pas reproduit pour les quittances et les cessions la disposition relative aux baux. Elle a considéré que les quittances et cessions devaient être frappées de suspicion comme n'étant pas le résultat d'une transaction légitime et faite de bonne foi. « (Verdier, *Transcript. hyp.* n° 398.)

M. Flandin est d'un sentiment opposé. Il soutient d'abord que l'on ne trouve pas dans la discussion de la loi la preuve de cette suspicion, « généralement parlant du moins, » et que l'argument tiré du n° 2 de l'art. 3 est insuffisant. « L'argument : *qui de uno dicit negat de altero*, dit-il, n'est pas toujours bien concluant... Ce qu'il faut consulter avant tout, c'est l'esprit de la loi. » Et de ce que la loi n'a pas jugé utile de soumettre à la transcription les paiements anticipés de moins de trois ans de loyers, il résulte que les quittances de plus de trois années doivent valoir, sans transcription, pour trois années moins un jour, les fruits civils s'acquérant jour par jour.

Nous répondrons que l'esprit de la loi nous paraît au contraire favorable à notre opinion. On a toujours vu d'un œil défavorable les quittances de loyers non échus et supposé qu'elles cachent une fraude, tandis qu'on est porté à favoriser les baux à longs termes si favorables à l'agriculture. Ces baux, en outre, n'atteignent pas en général les tiers gravement dans leurs intérêts et parfois même leur sont profitables. Cette opinion a été consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, du 1er avril 1862, et un de la Cour de Caen, du 21 décembre 1874.

MM. Rivière et Huguet ayant soutenu que la disposition finale de l'article 3 ne s'appliquait qu'aux baux qui ont précédé, et non à ceux qui ont suivi la constitution d'hypothèque ou l'inscription, en ont déduit que,

Digitized by Google

dans l'espèce dont nous nous occupons, le législateur n'a en vue que les actes antérieurs aux hypothèques. D'après eux, les actes contenant quittance seraient donc opposables aux créanciers pour toute leur durée, s'ils avaient été passés et transcrits postérieurement aux hypothèques. (*Quest.* n° 231). Nous avons déjà réfuté cette opinion, dont les conséquences seraient inadmissibles.

Lorsque les quittances ou cessions de fermages sont inférieures à trois années, la transcription n'a pas été jugée nécessaire, et elles sont régies par le droit commun. Elles sont opposables même aux créanciers hypothécaires inscrits antérieurement à leur date. (Cass. 6 mai 1867, D, 67, 1,308.)

Nous constaterons enfin que les dispositions de la loi de 1855 s'appliquent aux cessions ou remises faites à titre gratuit aussi bien qu'aux quittances ou transports faits à titre onéreux, l'article 11 n'étant nullement un obstacle à cette solution.

TACITE RÉCONDUCTION.

Lorsqu'à l'expiration des baux ruraux écrits, le fermier reste et est laissé en possession, il s'opère un nouveau bail dont l'effet est réglé par l'art. 1774.

L'art. 1776, qui nous donne cette règle, doit s'appliquer à tous les baux ruraux, puisque de par ce même article 1774, auquel il renvoie, il n'y a pas de baux ruraux *non écrits* : tous ont une durée déterminée par une présomption légale à défaut de stipulation expresse.

La loi suppose qu'il y a une convention nouvelle,

Digitized by Google

tacitement intervenue entre les parties, qui donne naissance à un nouveau bail. Les Romains et nos anciens auteurs avaient admis ce principe, comme nous avons déjà vu, en décidant qu'un nouveau contrat avait pu se former, puisque le bail n'exigeait que le consentement et aucune formalité préalable. La loi de 1791 supprima la tacite réconduction en ce qui concerne les biens ruraux, comme donnant lieu à des difficultés et à des surprises, mais le Code l'a rétablie avec raison ; le bail, disait Cambacérès, pouvant, dans notre loi, se former sans écrit, comment ne pas reconnaître qu'un bail nouveau s'est formé lorsque toutes choses demeurent en état entre le preneur et le bailleur ?

Malgré les efforts de M. Tronchet et les observations de quelques Cours d'appel, la tacite réconduction fut donc rétablie, mais on n'inscrivit pas dans le Code le délai nécessaire pour qu'on présume qu'elle a eu lieu. Les magistrats décideront selon les cas et apprécieront si le fermier est resté en possession *pendant le temps nécessaire* pour faire présumer le consentement du bailleur ; la plupart du temps ils se guideront, pour cela, sur les usages locaux.

De ce que nous avons dit plus haut, que c'est un nouveau bail qui se forme par l'accord des volontés des parties, il faut conclure que la tacite réconduction ne pourrait avoir lieu si une des parties était, au moment de l'expiration du bail, incapable de consentement, par exemple si elle était interdite et non pourvue d'un tuteur : il en était ainsi à Rome, *si furere cœpit dominus*. De même si l'une des parties était décédée. — Il en résulte encore qu'il en serait de même si l'une des parties avait signifié un congé à l'autre, ou avait fait tout acte qui indiquât, de sa part, l'intention de ne pas concourir à un nouveau contrat.

Digitized by Google

Le nouveau bail est censé fait aux mêmes conditions que le précédent, qu'il s'agisse de baux à loyer ou de baux à ferme : mais l'art. 1774 nous donne les règles spéciales à la réconduction des baux à ferme.

Il est, comme le bail primitif, censé fait pour le temps nécessaire afin que le fermier puisse recueillir tous les fruits de l'héritage affermé. Il faut appliquer ici les principes que nous avons exposés ci-dessus. — Dans l'ancien droit, cette durée donnait lieu à des difficultés. Coquille et un arrêt de 1625, d'Amiens, décidaient que la tacite réconduction des terres labourables ne devait jamais avoir lieu pour plus d'un an, attendu qu'il ne serait pas juste qu'un propriétaire demeurât privé plus d'un an de son héritage : sauf à lui à indemniser son fermier de ses façons. La plupart des auteurs, au contraire, pensaient qu'il fallait tenir compte du temps nécessaire pour la récolte de tous les fruits et que s'il s'agissait de terres soumises à un assolement triennal, la réconduction devait durer trois années. (Bartole, Brunemann, Pothier.) — C'est cette opinion qu'a consacrée le Code civil.

Que décider si un fermier a pris à bail *pour un an* les terres composant *une seule* des deux soles inégales d'une ferme, et si à la fin de l'année il s'est mis, au vu et sans obstacle du propriétaire, à cultiver les terres de l'*autre* sole ? — Malgré l'avis opposé de M. Duvergier, il faut reconnaître qu'il n'y a pas ici de tacite réconduction, puisque la nouvelle jouissance ne porte pas sur des biens déjà loués ; mais la durée du nouveau bail sera-t-elle d'un an ou de deux ans ? Elle ne sera que d'un an ; en effet, le bail précédent a rompu l'unité de l'héritage, puisqu'il n'a porté que sur une seule sole ; il y a donc, dans l'intention des parties, autant de choses distinctes que de soles. — Quant au prix, il ne sera pas le même

Digitized by Google

que celui du bail précédent, puisque les soles sont inégales; il devra donc être déterminé par des experts. (Pothier, Troplong.)

De ce que ce n'est pas l'ancien bail qui continue dans la tacite réconduction, il s'ensuit que le cautionnement donné pour garantir l'exécution du bail primitif ne garantit pas celle du second. Il faudrait une nouvelle convention à laquelle prendrait part la caution.

Les hypothèques fournies pour la sûreté du bail sont de même éteintes; en droit romain, elles subsistaient ou plutôt étaient censées renouvelées par le consentement tacite des parties; il n'en est pas de même sous l'empire de notre Code, puisqu'il faut un acte notarié pour donner naissance à une hypothèque conventionnelle.

On peut convenir, par une clause expresse dans le bail, qu'il n'y aura pas de tacite réconduction à l'expiration du terme fixé par le bail.

Digitized by Google

APPENDICE.

PARALLÈLE DU FERMAGE ET DU MÉTAYAGE

Une étude du bail à ferme, tout en étant complète par elle-même, ne présenterait pas tout l'intérêt qu'elle est susceptible d'offrir, si elle ne se terminait par la comparaison économique de ce bail avec le colonage partiaire.

Les différents systèmes de culture peuvent se ramener à trois grandes catégories : le *faire-valoir*, le *fermage* et le *métayage*. Nous nous contenterons de signaler le premier : n'étant pas un contrat, il n'a aucun caractère juridique, et ce serait sortir des limites de notre sujet que d'en faire une étude spéciale au seul point de vue de l'économie politique. Nous dirons seulement qu'il consiste dans l'exploitation du sol par le propriétaire lui-même, à ses risques et périls ; et on s'accorde généralement à le considérer comme le meilleur mode de culture, lorsque certaines circonstances spéciales, telles que la rareté des capitaux et la trop grande cherté de la main-d'œuvre, ne viennent pas s'y opposer. Qui pourrait, en effet, travailler un domaine avec autant de soin que son propriétaire, et Arthur Yung n'a-t-il pas eu raison de dire que « l'influence magique de la propriété change le sable en or » ?

Digitized by Google

Nous savons que le fermage est l'exploitation de la terre par une personne payant au propriétaire une redevance fixe. — Quant au colonage partiaire, c'est l'exploitation du sol moyennant un partage des fruits ; en général, le partage a lieu par moitié, d'où le nom de métayage donné à ce contrat.

L'origine du métayage est fort ancienne et remonte aux plus anciens temps de la République Romaine. Ainsi que nous l'avons indiqué dans notre introduction historique, Caton en parle comme en usage dejà de son temps, et Pline, qui avait essayé du faire-valoir et du fermage, abandonnait ces systèmes pour adopter le métayage, dont il vantait l'excellence : « Le seul moyen de remédier à ce désordre, disait-il, c'est de ne point affermer en argent, mais en parties de récoltes à partager avec le fermier... D'ailleurs, il n'est point de revenu plus juste que celui qui nous vient de la fertilité de la terre, de la température de l'air et de l'ordre des saisons. » (*Lettres*, liv. 9, let. 37.)

M. de Sismondi assigne comme origine au métayage l'invasion des barbares. Ce fait put contribuer à son extension, mais les textes que nous venons de citer, démontrent que c'est à des temps plus anciens qu'a appartenu l'invention de ce mode d'exploitation.

Nous n'en trouvons pas vestige chez les nations qui ne sont pas d'origine latine ou qui n'ont pas fait partie de l'Empire romain ; mais on le retrouve plus ou moins dans tous les pays qui ont été soumis à sa domination. Il a existé dans tout le midi de l'Europe, ainsi qu'en France, en Belgique et même en Angleterre : nous verrons plus loin les causes qui ont pu le faire disparaître en partie de certaines de ces contrées. Perdant peu à peu de son importance, après la chute de l'Empire romain, il déclina rapidement, ainsi que tous les modes

Digitized by Google

de culture exigeant des hommes libres, et disparut peut-être à peu près complètement. Bien que M. Troplong ait écrit que ce n'est guère qu'au XIIe siècle que l'on retrouve des exemples de baux à métairie, M. Guizot cite une donation faite, en 819, à l'abbaye de St-Martin, de Tours, qui constate l'existence du colonage partiaire à cette époque : « Je donne à l'abbé Friedegies notre manoir seigneurial... avec les hommes qui demeurent là, et que nous y avons établis pour y vivre comme des colons... Et nous ordonnons que ces hommes cultiveront la terre et les vignes, et toutes choses *à mi-fruit*, et qu'on ne leur demandera rien de plus, et qu'après nous ils n'auront point de trouble à souffrir. (Guizot, *Hist. de la civilisation en France*, *III*, *194*.) Il est vrai que ce n'était peut-être pas un bail à métairie temporaire. En tous cas, peu à peu le métayage reprit une grande importance et constitua presque jusqu'à nos jours le système d'exploitation le plus répandu en France.

On a beaucoup discuté sur le caractère juridique du métayage, et les auteurs sont très divisés sur le point de savoir si c'est un véritable contrat de louage ou une société.

Les lois romaines semblaient lui attribuer ce caractère : « *Partiarius colonus*, *quasi societatis jure*, *et damnum et lucrum cum domino fundi partitur*. » (Gaïus, *Dig.*, liv. 25, *Loc. Cond*). Et nos anciens jurisconsultes s'exprimaient ainsi : « *Cum partiario colono non contrahitur locatio*, *sed societas* : *nam locatio fit mercede*, *non partibus rei*. » (Cujas, sur la loi 13, Dig. *Prescrip. verbis*.) L'opinon si nettement exprimée par ce grand commentateur, était aussi celle de Bartole, de Domat et de Pothier. (*Louage*, *164*.)

Certains auteurs, cependant, pensaient que le bail à

colonage partiaire ne constituait qu'un contrat innommé. Ils reconnaissaient qu'il n'était pas un bail proprement dit manquant d'un élément essentiel, le prix en argent, mais prétendaient également que ce n'était pas une société, la fin des parties se rapprochant davantage du contrat de louage que de la société. (Coquille, *Quest.* 206; — Présid. Favre, *Ration. ad Pand.* sur la loi 25, Dig. *Loc. Cond.*)

On n'est pas d'accord davantage sous l'empire du Code civil.

M. Duvergier a le premier prétendu qu'il ne fallait voir dans le colonage partiaire qu'un véritable bail à ferme (I, 99; — II, 87), et MM. Aubry et Rau semblent partager ce sentiment. Ces auteurs pensent qu'en traitant du métayage dans le titre du Louage, le Code a résolu la question, et qu'en outre ce contrat manque de deux éléments essentiels de la société : d'abord que chaque associé soit tenu des engagements contractés par l'autre, et ensuite qu'il ait à supporter sa part dans les pertes. — Un arrêt de la Cour de Nîmes, du 14 août 1850 (S. 50, 2, 477) a adopté cette opinion, consacrée à l'étranger par le Code Sarde.

La plupart des auteurs soutiennent, comme Cujas, que c'est une société. Tout en admettant qu'il n'est pas nécessaire que le prix du bail consiste en argent, M. Troplong prétend qu'il n'y a, dans notre espèce, aucun prix véritable. « Il faut que le prix soit dû par le fermier, et ici le colon ne le doit pas; c'est la terre qui le paie, c'est le propriétaire qui le prend sur sa propre chose, non à titre de loyer, mais à titre de partie de la terre elle-même : *partibus rei*, comme dit si bien Cujas. » De plus, la jouissance est pour ainsi dire commune entre les parties; et cette jouissance constitue l'apport du propriétaire, de sorte qu'il y a de part et

Digitized by Google

d'autre chance égale de dommage et de gain. Enfin, le cheptel à moitié est également traité dans le titre du Louage, et cependant l'art. 1818 déclare que c'est une société. (Troplong, II, 635; — Delvincourt, III, 103; — Duranton, XVII, 176; — Méplain, *Du bail à portion de fruits*, n° 3; Limoges, 21 fév. 1839 : S. 39, 2, 406; — Agen, 7 fév. 1850; S. 50, 2, 208. — Code autrichien).

Il semble bien, au reste, que ce système fut celui des rédacteurs du Code, car, dans l'Exposé des Motifs, le Conseiller d'Etat Galli rapportait, en la faisant sienne, l'opinion de Domat, considérant le colonage partiaire comme « une espèce de société où le propriétaire donne le fonds et le colon la semence, chacun hasardant la portion que cette société lui donne aux fruits. » Et le rapporteur du Tribunat, Mouricault, constatant la différence entre le fermier et le métayer, au point de vue du droit de sous-louer, disait : « La raison de cette différence de droits résulte de ce que le colon partiaire est une sorte d'associé, et qu'il est de principe, en matière de société, que personne n'y peut être introduit sans le consentement de tous les associés. »

Une opinion intermédiaire, semblable à celle de Coquille, est admise par Marcadé, qui pense « que la vérité est entre les deux extrêmes, et qu'il y a mélange des deux contrats. Le bail à colonage tient du louage, puisque le colon vient seul occuper les lieux et les exploiter, en abandonnant au bailleur, pour prix de la location, la moitié des produits : de la société, puisque le propriétaire met en commun la jouissance de ses terres, en fournissant même ordinairement les semences par moitié, pour recueillir la moitié des fruits, pendant que le métayer apporte son travail et son industrie » (Art. 1763). Le même auteur ajoute qu'il n'est pas possible de ne voir dans le colonage qu'une société, en

Digitized by Google

présence de la loi qui a placé dans le louage ce contrat mixte.

Les conséquences de ces doctrines différentes sont très importantes. Ceux qui considèrent, en effet, le colon partiaire comme un fermier, sont portés à appliquer en notre matière toutes les règles du bail à ferme, sauf exception formelle. Les autres, au contraire, tout en reconnaissant que dans beaucoup de cas le colon est soumis aux mêmes règles que le fermier, se refusent à les lui appliquer toutes.

M. Troplong, par exemple, de ce que la loi refuse au métayer le droit de sous-louer, déduit que la mort de ce métayer résilie le contrat. Les raisons, en effet, qui ont décidé le législateur à établir la première dérogation aux règles du bail, semblent militer également en faveur de cette seconde exception. Le contrat est fait en vue de la personne, en considération de son mérite spécial, *electa industria*, ainsi que le constatait le conseiller d'Etat Galli : « Pour labourer mes terres, pour les exploiter, j'ai choisi, j'ai contemplé l'adresse, la capacité de telle personne et non de telle autre..... Je ne ferais pas un contrat de colonie partiaire avec un homme inepte, quelques conditions onéreuses qu'il fût prêt à subir, et quelques avantages qu'il voulût m'accorder. »

D'autres conséquences de cette controverse se sont produites au sujet de l'application de lois récentes.

Lorsque fut votée la loi du 23 avril 1871, rendant l'enregistrement des baux obligatoire et exigeant une déclaration à défaut de bail écrit, elle ne fut pas rendue, on ne la déclara pas applicable aux baux à portion de fruits. « Ce bail, disait le rapporteur, est considéré en doctrine et en jurisprudence, pour l'application des lois fiscales, comme une association entre le propriétaire et le colon. »

Digitized by Google

Par application de ce principe, lorsque parut la loi de février 1872, qui a établi sur les sociétés un droit gradué, l'administration de l'enregistrement éleva la prétention d'assujettir à ce droit les baux à portion de fruits. La Cour de cassation refusa de consacrer cette opinion, par la raison que la loi du 22 frimaire an VII, qui n'a pas été abrogée, soumet nommément ces baux au droit proportionnel sur la part revenant au bailleur. (Cas. 8 fév. 1875 : D. 75,1,169.)

Ces incertitudes et ces discussions rendent indispensable une réforme législative, qui doit s'étendre, du reste, à toute la législation agricole. Cette législation ne contient, en effet, dans notre Droit, qu'un très petit nombre de dispositions éparses, et nous ne possédons pas encore le Code rural que les législateurs de 1804 se proposaient de nous donner. Plusieurs fois entreprise, cette œuvre semblait devoir être menée à bien par le Conseil d'Etat du second empire, qui avait préparé les deux premières parties d'un projet de Code, traitant l'une du régime du sol et l'autre du régime des eaux; la troisième partie devait contenir les règles de la police rurale. La guerre de 1870 mit fin à ce travail.

Repris devant le Sénat, en 1876, ce projet a été morcelé en plusieurs lois spéciales votées successivement et que l'on codifiera peut-être plus tard. Parmi ces projets de loi, nous devons signaler celui qui traite du colonage partiaire et qui a été voté par le Sénat, le 18 juin 1880.

Les auteurs du projet avaient eu la pensée de tracer un petit nombre de règles spéciales au bail à colonage et de déclarer, par un des articles, toutes les dispositions relatives aux baux à ferme applicables à celui-ci, sauf celles auxquelles on viendrait de déroger.

Cette méthode ne parut pas la meilleure à la commission chargée de faire le rapport, et le rapporteur,

Digitized by Google

M. Clément, indiqua de la manière suivante le plan de la loi :

« Votre commission n'a pas voulu faire une loi se suffisant à elle-même sans renvoyer au Code civil, mais elle a voulu du moins préciser les dispositions relatives aux baux à ferme auxquelles le projet se réfère, en citant les articles les contenant : retracer sommairement les traits généraux qui distinguent le colonage, exprimer dans le texte les droits et obligations principales des parties et rendre leurs règlements de comptes plus faciles et moins coûteux. Beaucoup de métayers ont aujourd'hui remplacé, par une activité féconde, l'antique indolence de leurs devanciers : en leur indiquant plus clairement leurs obligations et leurs droits, en leur donnant de nouveaux moyens de les faire valoir, nous avons l'espérance que nous contribuerons à encourager leurs efforts. »

Mais, dans quel sens la nouvelle loi se prononce-t-elle relativement au caractère du bail à colonage? — En fait-elle un bail à ferme ou une société? — Après avoir rappelé ces opinions diverses, M. Clément ajoutait :

« La loi nouvelle réduira singulièrement l'intérêt de cette controverse. Elle a pour but précisément de déterminer les règles particulières au colonage partiaire et celles qui lui sont communes avec les baux ordinaires. Elle fait ressortir, par cela même, le caractère spécial de ce contrat et la différence entre un bail ordinaire et lui. Or, ce caractère spécial et cette différence tiennent à ce que le colonage partiaire participe à la fois, dans une mesure plus ou moins grande, du louage et de la société. On ne peut pas nier ce caractère mixte du contrat, en présentant aux Chambres une loi qui en fait la *base* de ses prescriptions nouvelles.

« C'est, en effet, la raison d'être des dispositions

Digitized by Google

particulières que nous vous soumettons. Le partage des fruits a des conséquences qui ne s'étendent pas seulement aux droits et obligations du preneur : il modifie le caractère des engagements du bailleur. En effet, dans le colonage partiaire, le propriétaire ne se dépouille pas absolument comme dans le bail ordinaire. Le fermier, à prix d'argent, a la jouissance exclusive du fond : le bailleur doit la lui abandonner entièrement et lui en laisser la libre exploitation. Le colon partiaire n'a pas un droit aussi entier ; la jouissance, au lieu de lui appartenir exclusivement, est plutôt commune entre lui et le propriétaire ; celui-ci est intéressé au résultat de l'exploitation, et a, par conséquent, un droit de surveillance et d'intervention dans les travaux qui est un des points caractéristiques du contrat. »

Le rapporteur de la commission semblait donc repousser l'opinion qui fait du colonage un bail à ferme, et, au cours de la discussion, plusieurs membres accentuèrent encore cette manière de voir. M. Foucher de Careil s'exprimait ainsi : « L'honorable M. Clément ne nous paraît pas avoir décidé la question *ex professo*, mais il énumère les avis de tous les grands jurisconsultes ; il nous présente la question sous ses deux faces avec une faveur qui me paraît méritée, pour la solution qui en fait un véritable contrat d'association....... Je ne crois pas être démenti par l'honorable rapporteur en disant qu'il voit dans le métayage un contrat d'association entre le capital et le travail. » Et M. de Gavardie demandait que l'on mît le mot « *association agricole* » dans la définition même du colonage partiaire.

Le Sénat ne fit pas droit à cette demande et adopta la définition suivante :

Art. 1er. — Le bail à colonage partiaire ou métayage

est le louage, pendant un certain temps, d'un héritage rural que le preneur s'engage à cultiver sous la condition d'un partage de fruits avec le propriétaire.

Le motif qui fit maintenir le mot de « louage » dans cette définition, fut le désir de mettre la loi nouvelle en harmonie au moins apparente avec la terminologie du Code civil. La loi nouvelle ne devant pas se suffire à elle-même et devant renvoyer, dans différentes dispositions, à tels et tels articles du Code placés dans le titre du *Louage*, il convenait de ne pas paraître se mettre en opposition formelle avec ce même Code. Mais il résulte de la discussion et des passages que nous avons cités que l'esprit du projet est de considérer le colonage partiaire comme une association, comme une *véritable alliance du capital et du travail.*

Une des conséquences de cette opinion a été écrite dans l'article 6, qui adopte la décision de M. Troplong, déclarant le contrat résolu par la mort du preneur. Tout en laissant au colonage le nom de louage, la loi nouvelle ferait ainsi prédominer dans ses dispositions l'élément de la société.

Ayant ainsi indiqué ce qu'est le colonage partiaire et les différences qui le distinguent du fermage, au point de vue juridique, nous allons aborder la comparaison, au point de vue économique, de ces deux systêmes de culture.

La tendance générale des économistes est de considérer le fermage comme un mode d'exploitation supérieur au métayage, et cette opinion était surtout très générale jusqu'à ces dernières années. Ceux qui soutenaient le plus le colonage partiaire avouaient qu'il était facile de trouver un ordre meilleur et se bornaient à plaider en quelque sorte les circonstances atténuantes en sa faveur, en disant comme M. de Gasparin: « Mais,

Digitized by Google

si ce système n'est pas un choix mais une nécessité, ne devons-nous pas dire que, rien n'étant absolument mauvais dans la nature, le mieux relatif peut se trouver dans un ordre de choses que nous condamnerions ailleurs? »

La plupart des économistes allaient plus loin, et l'école anglaise proscrivait absolument le métayage. Certains le considéraient comme un mode d'exploitation ne se produisant que lorsqu'un sol presque absolument ingrat, une grande rareté de petits propriétaires, l'absence de capitaux dans un pays, montraient aux grands propriétaires qu'ils ne trouveraient pas de fermiers et que leurs terres ne valaient pas qu'on y amenât des domestiques, des attelages et des troupeaux.

Telle était l'opinion de J.-B. Say, qui traitait ce genre de culture de « misérable, parce qu'il est conduit avec trop peu de capitaux et qu'il éteint tout encouragement pour économiser et améliorer ; car, celui des deux qui fait une amélioration ne retire que la moitié du fruit de ses dépenses, puisqu'il est obligé d'en partager le produit. » *(Cours d'Economie politique.)* Et, citant des pays où cette méthode est usitée, le célèbre économiste rapportait que dans ces contrées la moitié du produit des terres ne suffisait pas à nourrir, même misérablement, les hommes nécessaires pour les mettre en valeur ; qu'on en trouvait toujours cependant, car il y a toujours des malheureux qui ne savent que devenir, et que certaines de ces métairies n'avaient jamais pu, de mémoire d'homme, nourrir leurs laboureurs.

Plus récemment, les économistes constatent que jusqu'ici la civilisation a eu pour effet de réduire le système du métayage, en y substituant presque partout le fermage. Au point de vue surtout de la culture intensive et du rendement agricole, ils regardent le rôle de

Digitized by Google

ce régime primitif, patriarcal, comme presque terminé, si l'on s'en tient aux faits passés et présents. La statistique nous révèle, en effet, qu'en France le faire-valoir occupe environ 50 % de la superficie exploitée, le fermage 35 % et le métayage 13 %. Il est vrai que, déduction faite des bois, le faire-valoir ne représente pas plus de 35 % du sol cultivé.

L'ensemble des causes d'infériorité actuelle du colonat partiaire, c'est-à-dire l'ensemble de ce qui constitue ses défauts, aux yeux de ses adversaires, est ainsi exposé par M. Paul Leroy-Beaulieu : « Les pays où règne encore le métayage sont, en France, la région du centre et certains districts du midi, c'est-à-dire précisément les contrées qui ont fait le moins de progrès agricoles. La classe des métayers est celle dont la situation s'est le moins améliorée. Le métayage a un grand défaut, si ce n'est un grand vice, c'est qu'il est presque incompatible avec la culture intensive. Celle-ci ne comporte pas le partage à moitié ou même aux trois cinquièmes des récoltes entre l'exploitant et le propriétaire ; la part du premier est trop faible pour une agriculture soignée qui fait autre chose que gratter le sol, et la part du second est excessive. Les achats d'engrais sont impossibles dans ces conditions, à moins que le propriétaire ne les fasse à ses frais. La culture perfectionnée exige de grandes avances que le métayer n'a pas ; elle rend de plus en plus faible le rapport du revenu net au revenu brut, le premier croissant d'une manière absolue, mais non pas dans une proportion égale à la croissance du second. La culture même du froment est difficile avec le métayage, parce que l'exploitant n'y trouve pas son compte. Le métayer se contente, d'ordinaire, de vivre pauvrement, au jour le jour, dans sa métairie, consommant en nature la totalité ou à peu près de la part qui

Digitized by Google

lui revient. ... Dans cette vie végétale, où le souci du lendemain est à peine éveillé, le métayer élève de nombreuses familles ; c'est là le principal mérite qu'on doit lui reconnaître..... Dès que la culture cesse d'être rudimentaire, dès qu'elle veut améliorer, innover, imposer au présent des sacrifices en vue de l'avenir, le métayage est un embarras; c'est un contrat qui, alors, manque de netteté. » (*Essai sur la répartition des richesses*, ch. 5.)

En examinant attentivement les effets du colonage partiaire, nous reconnaîtrons que ce mode d'exploitation présente, il est vrai, des inconvénients et des ennuis. Un des principaux, pour les propriétaires, consiste dans l'incertitude de la valeur annuelle de la rente, qui varie avec les récoltes. Toujours incertains sur le revenu dont ils jouiront au bout de l'année, ils cherchent (lorsqu'ils sont sages et prévoyants) à compenser le déficit des mauvaises années en économisant sur les bonnes, et sont ainsi détournés d'entreprendre des améliorations coûteuses et toujours un peu aléatoires.

La surveillance qu'exige l'adoption du système du métayage est encore une source d'ennuis pour les propriétaires. Cette surveillance doit porter d'abord sur les travaux entrepris par le colon, afin d'éviter qu'il néglige de donner les cultures nécessaires et en temps utile, ou d'empêcher qu'il n'épuise certaines parties de la métairie dont la fertilité est un plus vif encouragement à ses efforts. Elle doit s'exercer encore et surtout au moment de la récolte, moment où mille occasions de mal faire viennent assaillir la probité du métayer.

Ces embarras, auxquels vient s'ajouter la difficulté parfois grande de convertir ses denrées en argent et de réaliser ainsi son revenu, font que le métayage paraît, à beaucoup de propriétaires, un mode de culture peu avantageux. Ils ne consentent que difficilement,

Digitized by Google

comme nous l'avons dit, à faire des améliorations dont ils devront partager le produit avec les métayers, et cette raison est encore plus puissante vis-à vis de ces derniers qui, du reste, la plupart du temps, n'ont pas le plus petit capital à leur disposition.

L'indolence est, en outre, un défaut qui, d'après les données de l'expérience, semble se développer facilement parmi les métayers. Cette surveillance elle-même des propriétaires, toute indispensable qu'elle soit, favorise en quelque sorte ce penchant à la mollesse ; le colon cherchant à ne pas travailler plus qu'il ne faut pour le propriétaire, et étant, en outre, empêché quelquefois par le maître de se livrer à des travaux étrangers à la métairie. On ne saurait pourtant faire un reproche au propriétaire d'agir ainsi, car il serait bien à craindre que cette permission ne dégénérât en abus.

On constate enfin que trop souvent, lors même que les propriétaires seraient disposés à faire des sacrifices pour introduire de nouveaux procédés de culture, les métayers se refusent à les essayer. C'est un résultat, dit-on, de leur ignorance autant que de leur mollesse, et une conséquence des préjugés qui existent encore dans cette classe de travailleurs.

Le métayage est ainsi condamné, semble-t-il, à être un état absolument stationnaire : heureuses encore les métairies dont les colons mettent au moins en pratique la maxime de Pline : « *Bene colere necessarium est, optime damnosum* » (Liv. 18, ch. VII), et qui ne tombent pas, faute même des travaux nécessaires, dans un état de délabrement presque complet !

En regard de cet attristant tableau de la culture par métayers, la plupart des économistes nous montrent le fermage sous les plus riantes couleurs.

Avec ce mode d'exploitation, plus de cette culture

Digitized by Google

molle et indolente qui ne fait produire à la terre que le strict nécessaire, qui croit avoir tout fait lorsque le colon récolte de quoi ne pas mourir de faim, et qui, se contentant d'un présent à peine suffisant, ne s'efforce pas de préparer un avenir abondant et riche.

Le fermier doit, en effet, payer une somme fixe et à époque fixe. Talonné, si l'on peut employer cette expression un peu vulgaire, mais qui rend bien notre pensée, par le terme de la redevance qui approche, il ne s'endort pas dans une sécurité trompeuse, il ne remet pas à l'année suivante les améliorations qu'il peut entreprendre de suite, sachant bien qu'il en trouvera le bénéfice au moment de payer le fermage. Chef d'entreprise, devant garder tous les bénéfices que sa bonne culture produira, il est bien plus intéressé à augmenter ses bénéfices que le métayer, obligé de les partager avec le propriétaire. Cultivant médiocrement ou très bien, le fermier doit payer la même rente : il s'efforce donc d'augmenter, par une bonne culture, les produits de sa ferme.

Cette fixité de la nature et de l'époque de la redevance a conduit certains auteurs à considérer le fermage comme un mode d'exploitation supérieur, non seulement au métayage, mais même au faire-valoir. J.-B. Say cite notamment un économiste allemand, M. Schmalz, qui met la culture par fermiers au-dessus de celle des propriétaires, parce qu'un fermier est obligé de hâter les améliorations dont il est capable, afin d'en jouir pendant la durée de son bail qui a un terme, et parce qu'il est plus généralement, d'ailleurs, homme de métier et de pratique que le propriétaire.

Sans s'arrêter à cette opinion, en faveur de laquelle on invoque cependant l'état de culture perfectionnée auquel sont parvenus les fermiers de l'Angleterre, des

Digitized by Google

Flandres et du Milanais, et continuant à comparer seulement le fermage et le métayage, on fait remarquer que le premier est un genre d'amodiation préférable, le propriétaire et le fermier y étant chacun à leur place et ayant leurs intérêts distincts.

Le fermier a, comme nous venons de l'indiquer, une indépendance presque complète, limitée seulement par l'abus de son droit de jouissance, et cette situation est bien faite pour développer chez lui l'esprit d'initiative. Le propriétaire, de son côté, n'a à exercer de surveillance ni sur les travaux ni sur l'engrangement des récoltes, et n'a pas davantage à se préoccuper de la hausse ou de la baisse des produits du fonds et de la difficulté plus ou moins grande de leur vente. Sauf le cas tout spécial, prévu par l'art. 1769 du Code civil, de l'enlèvement des récoltes par cas fortuit, il n'a pas à indémniser le fermier des mauvaises années, et il voit ainsi son revenu assuré. L'absence de surveillance nécessaire lui permet en outre de ne pas résider sur ses terres et de s'adonner à quelque occupation lucrative ou à une profession libérale.

Il est vrai que la grande ardeur du fermier à faire produire, produire encore et produire toujours, peut devenir nuisible au domaine en l'épuisant. Aussi, s'accorde-t-on à reconnaître que, pour être vraiment fait dans de bonnes conditions, un bail à ferme devrait être conclu pour un temps assez long. Il est certain que les fermiers travaillent mieux et font plus de sacrifices pour bonifier le fonds, s'ils doivent en jouir longtemps, que s'ils sont exposés à voir un successeur recueillir le fruit de leurs dépenses. Dans un bail d'une année, par exemple, le fermier ne donne à la terre que les soins indispensables et les engrais et amendements devant produire leur effet immédiatement. Il en est

Digitized by Google

presque de même, quoiqu'un peu moins, dans des baux de trois, six ou neuf ans. Dans ces derniers, en effet, il faut reconnaître que ce n'est qu'après deux ou trois années que le fermier est bien installé et commence à s'identifier à sa terre : alors seulement il peut faire de réelles améliorations ; mais, presque immédiatement arrive pour lui le doute sur le renouvellement du bail et surgit dans son esprit la crainte d'une expulsion ou d'une augmentation. Alors, ou bien entretenant la terre dans un état convenable pendant la première période, il la néglige pendant la seconde et la laisse ainsi s'épuiser ; ou bien, chose plus désastreuse encore, il s'efforce d'obtenir immédiatement une production exagérée, sans s'inquiéter de l'état dans lequel il laissera le domaine. En un mot, comme on l'a dit, il pratique l'agriculture *vampire*, et, par ce calcul peu loyal, nuit à la propriété.

En Angleterre, pays que l'on cite toujours comme modèle pour les fermages, s'il existe des baux d'une année (*at will*), ils sont le plus souvent renouvelés un grand nombre de fois par tacite réconduction, et la plupart des baux sont de vingt-sept ans. En Belgique, ils ne sont parfois que d'une année ; souvent ils atteignent six ou neuf ans, mais rarement davantage, de même qu'en France. C'est beaucoup trop peu, car « s'il est un principe certain en économie agricole, c'est qu'un fermier ne peut exploiter avec profit, à moins qu'il ne commette des abus de jouissance, s'il ne peut compter sur trois ou quatre rotations de récoltes. » (M. Cauwès, *Economie politique*, I, 308.)

Il faut, en effet, de l'avis de tous les économistes, des baux d'une vingtaine d'années au moins pour offrir au fermier des chances de compensation de ses pertes ; il arrive si souvent qu'il y ait plusieurs mauvaises années

Digitized by Google

de suite! L'intérêt bien entendu des deux parties est donc contraire à la brièveté des baux. Cette tendance à ne pas contracter de baux de longue durée s'explique cependant par le désir qu'a tout propriétaire de ne pas se dessaisir pour longtemps de la jouissance de sa terre : il peut désirer par la suite l'exploiter lui-même, et, en tous cas, il aime à se réserver la possibilité d'augmenter les fermages, s'il y a une plus-value de la propriété. — On concilierait peut-être les intérêts qui paraissent ainsi en opposition, en imposant par une loi au fermier l'obligation de payer une indemnité, lorsqu'il ne restituerait pas le fonds dans l'état où il l'aurait reçu, et en l'indemnisant, par une juste réciprocité, des améliorations qu'il aurait pratiquées. « C'est ce qu'a décidé, nous dit M. Cauwès, une importante loi anglaise, laquelle établit un système d'indemnités proportionnées à l'importance des sacrifices et au temps du bail restant à courir depuis l'époque où ils ont été faits. (*Agricultural holdings act*, du 13 août 1875.) »

Quoi qu'il en soit, et en supposant aux baux à ferme une longueur suffisante, on reconnaît en général la supériorité de ce mode de culture. « Dès que les métayers deviennent riches, dit M. de Gasparin, ils aspirent à devenir fermiers » ; et les propriétaires sont assez portés à préférer le fermage au métayage. Aussi, tout en disant que « les déclamations contre le métayage n'étaient que le résultat d'un préjugé scientifique, » M. de Gasparin concluait-il que c'est un *état agricole inférieur au fermage*, *mais un état nécessaire*, *forcé*, et le plus rationnel dans certaines circonstances ; lorsque, les récoltes étant très inégales d'une année à l'autre, il y aurait trop d'*alea* pour le fermier; lorsque, faute de communications faciles, les fermiers ne pourraient vendre commodément leurs produits; lorsqu'enfin la population agri-

Digitized by Google

cole n'a pas de capitaux et n'est pas encore assez instruite pour diriger cette entreprise, assez compliquée, qui constitue une ferme.

C'était presque hardi de la part du célèbre agronome d'oser, il y a cinquante ans, reconnaître quelques qualités au métayage, alors que nos écrivains, ainsi qu'il le rapporte dans sa préface, « n'avaient encore daigné s'adresser aux propriétaires des terrains soumis à ce régime que pour leur reprocher leur incurie. »

Il en est différemment, depuis quelques années, et le métayage compte de nombreux et chaleureux partisans. Sans doute le colonage partiaire semble jusqu'ici avoir été peu à peu affaibli et réduit, même dans les pays où il était le plus florissant; il occupait, il y a un demi-siècle, en France plus de la moitié de la superficie exploitée. Et, cependant, telle est la force de ses racines, telle est la vertu secrète qui harmonise si bien sa constitution avec le caractère et les goûts de certains peuples, que c'est au moment même où il semblait le plus condamné et sacrifié, que des voix convaincues se sont élevées en sa faveur et qu'il paraît devoir prendre une nouvelle vigueur.

Son adversaire le plus redoutable, le fermage, est lui-même menacé, il est vrai, et la crise agricole qui sévit actuellement l'a fortement atteint. Dans le nord de la France on a grand'peine à trouver des fermiers, depuis une dizaine d'années. En Espagne, l'année 1879 a été témoin d'une sorte d'insurrection des fermiers de Valence. Le rapport de M. de Laveleye sur l'*Agriculture belge*, paru en 1878, nous apprend que le taux des fermages, stationnaire dans les provinces de Brabant et de Namur, a baissé depuis 1866 dans celle de Luxembourg, et n'a guère augmenté que dans les deux Flandres, par excès de population. Quant à l'Angleterre, elle traverse

Digitized by Google

depuis 1878 la période la plus aiguë de cette crise, et les fermages y ont baissé dans la proportion de 10 à 20 pour 100.

Ce sont surtout les fermes d'une certaine surface, celles ayant vingt hectares ou plus, qui manquent de preneurs. Les petites fermes, loin d'en manquer, sont l'objet d'une telle concurrence que le prix en devient trop élevé, et que « les hauts fermages et la misère des fermiers vont de pairs, celle-ci étant la cause de ceux-là. » (P. Leroy-Beaulieu). Il en est ainsi dans les Flandres et dans la Terre de Labour en Italie : la population y est si dense que tous ont besoin d'un lopin de terre et se l'arrachent à un prix qui leur permet à peine de vivre misérablement. — Dans les pays, au contraire, où la population est plus rare, les grandes fermes ne trouvent plus de preneurs ; parfois, la durée trop courte des baux, la rapacité du propriétaire en sont les motifs ; mais, la cause principale, c'est l'absence des capitaux suffisants. Les fermiers ont besoin d'un capital d'exploitation très considérable, représentant, d'après les agronomes, la valeur du matériel, du bétail et des attelages, une année de bail des terres et de subsistances de la famille, les frais d'avance pour la moisson. Ce capital d'exploitation doit équivaloir en France, d'après M. Hippolyte Passy, à dix fois le loyer de la ferme. Or, en présence de la cherté croissante de la main-d'œuvre et avec la perspective d'une hausse de fermage à chaque expiration du bail, les cultivateurs ne possédant pas de capitaux n'osent pas, et avec raison, se risquer à de telles exploitations, et ceux qui en ont préfèrent les employer à des entreprises plus fructueuses, sinon moins aléatoires.

La crise agricole continue à se faire sentir principalement en Irlande, où elle s'est transformée en question sociale d'un intérêt brûlant et a donné naissance à la

Digitized by Google

Land League. Cette ligue agraire demande l'application du *tenant-right* de la province d'Ulster (droit de sous-louer) à toutes les parties de l'Irlande, et la transformation des tenanciers en paysans propriétaires au moyen d'un rachat général des terres fait par le gouvernement; les paysans concessionnaires paieraient alors à ce dernier, pendant 35 ans, une rente destinée à amortir le capital. Certains économistes pensent au contraire que le *tenant-right* est une des causes de la misère du pays, les propriétaires affermant leurs immenses possessions à des intermédiaires (*middlemen*), dont la seule préoccupation est de faire des bénéfices, en profitant de la concurrence que se font les cultivateurs. Quant à la seconde réclamation de la ligue, M. de Molinari pense que « le pire résultat de cette combinaison artificielle serait de consolider en Irlande le paupérisme agraire. » Il nous est difficile d'admettre cette dernière assertion, nous rappelant la parole si vraie, au moins pour la première partie, d'Arthur Young : « L'influence magique de la propriété convertit le sable en or... Donnez à un individu la possession assurée d'un rocher battu par les vents et il le transformera en jardin ; donnez-lui un jardin avec un bail de neuf ans, et il le transformera en désert. »

Quoi qu'il en soit, l'augmentation de la misère est telle dans ce malheureux pays, que la ligue a réussi à organiser « une véritable coalition contre les propriétaires qui expulsent leurs tenanciers pour cause de non-payement de la rente... Elle jette l'interdit sur leurs terres : défense est faite de les prendre à loyer, ou, si le propriétaire essaie de les exploiter pour son compte, défense non moins absolue de l'assister dans cette entreprise illégitime et malfaisante. » (M. de Molinari, l'*Irlande*, p. 109).

Digitized by Google

Des mesures coërcitives ont été votées par le Parlement anglais, et le conflit s'aggrave de plus en plus.

Le fermage n'est donc pas, comme on l'a prétendu si souvent, un régime si parfait qu'il soit partout et toujours une cause de prospérité. Aussi, les partisans du métayage se refusent-ils à admettre son infériorité, même en ne considérant dans une question si complexe que le chiffre du rendement agricole : il est, en effet, des pays, comme la Toscane et le Midi de la France, où ce système a amené et maintenu la culture à un haut degré de prospérité.

Repoussant, dans son rapport au Sénat, l'opinion qui n'explique l'existence persistante du métayage que par des habitudes anciennes et la rareté des capitaux, M. Clément disait que les circonstances actuelles faisaient ressortir quelques-uns des avantages de ce mode d'exploitation. Les campagnes manquant de bras et la main-d'œuvre agricole étant non seulement coûteuse, mais trop rare, le propriétaire doit recourir au travail à mi-fruit, à ce travail accompli non seulement par le cultivateur, mais encore par la famille entière, avec le zèle que donne la participation assurée à tous les bénéfices.

« Le partage des fruits, ajoutait le rapporteur, entre le propriétaire du domaine et le laboureur qui le cultive étant la base du contrat, ce principe aurait dû, ce semble, suffire à lui seul pour assurer la popularité à une combinaison en si complète harmonie avec les aspirations de notre temps. Le partage des bénéfices de l'industrie, entre le patron qui dirige l'entreprise et fournit les capitaux, et les ouvriers qui lui donnent leur travail, a été souvent réclamé avec passion !... »

Le métayage a de plus pour effet de créer entre les

Digitized by Google

parties des liens qui deviennent de plus en plus étroits avec le temps et qui ne permettent pas à l'antagonisme des diverses classes de la société de s'établir aussi aisément. « Le propriétaire, lisons-nous dans des Mémoires sur les évènements de la Vendée, traitait paternellement ses métayers, les visitait souvent dans leurs métairies, causait avec eux de leur position, du soin de leur bétail, prenait part à des accidents et malheurs qui lui portaient aussi préjudice ; il allait aux noces de leurs enfants et buvait avec les convives. Le dimanche, on dansait dans la cour du château, et les dames se mettaient de la partie... » N'est-il pas vrai que ce tableau, dont la plupart des traits sont encore parfaitement exacts, met vivement en relief ce que « l'union et la confiance mutuelles peuvent ajouter de charme à la vie des champs ? » Il est, du reste, certain que dans les pays à métairies, on voit plus rarement cette fureur aveugle contre la propriété qui anime souvent les esprits dans ceux à fermage.

Quant à la grande objection faite au colonage partiaire, relativement à la culture intensive, il ne nous semble pas qu'elle soit décisive. La prétendue impossibilité d'arriver à cette culture, dans une métairie, ne paraît pas démontrée : seulement, il serait nécessaire de prévoir les engrais, les avances au sol qu'elle exige, et de déterminer d'une façon équitable la part de contributions afférente à chacun dans ce but. Le propriétaire devrait évidemment supporter la plus grande portion des frais, et le métayer apporter une grande somme de travail et de soins assidus : un des meilleurs moyens d'atteindre ce dernier but, serait peut-être d'assurer au colon la jouissance de la métairie pendant plus d'une année. Au reste, c'est ce qui existe le plus souvent en fait, et on sait qu'il n'est pas rare de voir une métairie

Digitized by Google

exploitée pendant plusieurs générations par la même famille.

Enfin, comme dernier avantage moral, nous dirons que le métayage permet à la famille de rester réunie autour de son chef : c'est ainsi que se formaient autrefois ces *communautés* présumées par l'ancien droit coutumier, particulièrement entre frères âgés de 20 ans et ayant demeuré ensemble depuis an et jour. Il est vrai que ces usages n'existent plus guère, et cela est malheureux, même en ne considérant que le point de vue agricole. Mais, cette tendance des cultivateurs à émigrer dans les villes, pour gagner de forts salaires, existe, quel que soit le mode de culture, et le métayage est peut-être celui qui la favorise le moins.

En résumé, nous ne croyons pas que le métayage soit destiné à disparaître, et nous comprenons et voyons avec plaisir que, parmi les hommes consacrant leurs études à l'économie rurale, l'opinion soit devenue plus juste et plus favorable au colonage partiaire. C'est une vieille institution qui a fait longtemps la force de notre agriculture. Des hommes tels que M. Le Play, le savant viticulteur Dr Guyot, et tant d'autres, ont vanté son excellence : ne serait-il pas profondément triste de la voir disparaître, et ne doit-on pas au contraire désirer la voir recouvrer son ancienne utilité et son ancienne splendeur? « La commission, disait au Sénat M. de Gavardie, et c'est un honneur qu'il faut lui rendre, a senti l'importance du système du colonage partiaire, qui a très certainement pour lui l'avenir agricole de la France. Ce système réalise, comme l'a fait remarquer avec beaucoup de perspicacité le rapport, cette solution que les chercheurs généreux des questions sociales ont en vue depuis longtemps, l'alliance du capital et du travail. Eh bien, cette alliance qu'on cherche à réaliser

Digitized by Google

par des efforts si laborieux, vous l'avez là pratique et vivante. »

Cette appréciation est-elle exagérée? On est presque tenté de ne pas le croire, en considérant combien les économistes sont moins affirmatifs qu'autrefois dans leur condamnation du métayage, et en voyant M. Leroy-Beaulieu avouer lui-même que cette opinion ne manque pas de vraisemblance. Des essais ont même été tentés dans les pays neufs qui semblaient le plus hostiles au colonage partiaire : le succès de la colossale métairie *Casselton* (Dakota), qui occupe trente mille hectares, et que nous cite le même auteur, prouve que ce mode d'exploitation n'est pas incompatible même avec la culture géante.

Aux divers motifs que nous avons énumérés, nous ajouterons que la surveillance même que les propriétaires sont obligés d'exercer sur leurs métairies n'a pas que des côtés ennuyeux et des inconvénients. Elle oblige les maîtres à résider sur leurs terres, et retient ainsi à la campagne, plus que le fermage, une classe d'hommes dont l'intelligence et le savoir profitent à l'agriculture. Ceux-là seuls peuvent ne pas aimer la propriété et ne pas s'y attacher profondément, qui ne la connaissent pas.

Nous pensons donc que l'on ne doit pas donner d'une façon absolue la préférence au fermage sur le colonage partiaire, et que la supériorité de l'un ou de l'autre de ces systémes est tout au moins subordonnée à des conditions déterminées de lieux, d'époques et de caractères des peuples.

Digitized by Google

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

I. — La *merces* peut consister en autre chose qu'en argent monnayé.

II. — L'interdit Salvien a une utilité indépendante de l'action Servienne.

III. — L'affranchissement est-il un des modes d'extinction du colonat ? — Non.

DROIT CIVIL.

I. — Le droit du fermier est un droit de créance.

II. — Le droit de chasse appartient au propriétaire à l'exclusion du fermier.

III. — L'emphytéose existe-t-elle sous l'empire du Code civil ?

PROCÉDURE CIVILE.

Dans une saisie immobilière, les aliénations consenties par le saisi avant la transcription de la saisie sont-elles nulles si elles ont été transcrites après la transcription de la saisie ? — Oui.

Digitized by Google

DROIT CRIMINEL.

Est-il des cas où l'on peut être en état de légitime défense contre les agents de l'autorité dans l'exercice de leurs fonctions ? — Non.

DROIT ADMINISTRATIF.

Les contraintes décernées par l'administration de l'enregistrement emportent hypothèque judiciaire.

DROIT COMMERCIAL.

I. — L'achat d'immeubles pour les revendre est-il un acte de commerce ?

II. — Y a-t-il novation de la dette dans la vente commerciale lorsqu'on est payé en effets de commerce ? — Non.

DROIT MARITIME.

Dans le prêt à la grosse, les articles qui régissent l'emprunt sur corps sont applicables à l'emprunt sur facultés.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

La contrebande faite en pays étranger peut-elle produire des effets reconnus valables par la loi française ? — Oui.

Digitized by Google

HISTOIRE DU DROIT.

Doit-on chercher l'origine de l'hypothèque judiciaire dans le *pignus judiciale ?* — Non.

ÉCONOMIE POLITIQUE.

Quels sont les avantages et les inconvénients de la participation des ouvriers aux bénéfices ?

Vu par le professeur Président de la Thèse.

Bordeaux, le 29 janvier 1884.

P. DELOYNES.

Vu par le doyen de la Faculté de droit.

A. COURAUD.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

H. OUVRÉ.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs. (Délibération de la Faculté, du 12 août 1879.)

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DROIT FRANÇAIS

Digitized by Google

APPENDICE.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

DROIT ROMAIN

DE

L'ACTION RÉELLE PUBLICIENNE

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRESCRIPTION
DE DIX A VINGT ANS

(ART. 2265 ET SUIVANTS C. C.)

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 1884

PAR

ÉMILE CANITROT

AVOCAT



BAYONNE

IMPRIMERIE-LIBRAIRIE LASSERRE, RUE GAMBETTA, 20

1884

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

MM. COURAUD (✻), doyen (✿ I.), professeur de *Droit romain*,
BAUDRY-LACANTINERIE (✿ I.), professeur de *Droit civil;*
RIBÉREAU (✿ I.), professeur de *Droit commercial;*
SAIGNAT (✿ I.), professeur de *Droit civil;*
BARCKHAUSEN ✻ (✿ I.), professeur de *Droit administratif*, chargé du cours de *Droit constitutionnel;*
DELOYNES (✿ I.), professeur de *Droit civil;*
VIGNEAUX (✿ I.), professeur d'*Histoire du Droit;*
LE COQ (✿ A.), professeur de *Procédure civile;*
LEVILLAIN (✿ A.), professeur de *Droit maritime;*
MARANDOUT (✿ A.), professeur de *Droit criminel;*
E. CUQ (✿ A.), professeur de *Droit romain*, chargé du cours de *Pandectes;*
FAURE, professeur d'*Économie politique;*
DESPAGNET, agrégé, chargé du cours de *Droit international privé.*

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. SAIGNAT, *Président;*
COURAUD,
RIBÉREAU,
BARCKHAUSEN,
MARANDOUT.

Digitized by Google

MEIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT ROMAIN

DE L'ACTION RÉELLE PUBLICIENNE

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

De l'action publicienne

Digitized by Google

CHAPITRE III

CHAPITRE IV

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

Cujas. Comment. ad h. tit., t. III. — *Pothier*, Pandect., VI. — *Doneau*, Comment. juris civ., V. — *Bonjean*, Institutes de Justinien. — *Hugo*, Lehrbuch der Gerchichte der Romischen Rechts. — *Kritz*, De rei vind. et Publ. act. — *Puchta*, Instit., t. II, 3e éd. — *De Vangerow*, Manuel des Pandectes, t. I, 7e éd. — *Savigny*, Droit romain, t. IV. — *Pellat*, Exposé des princ. gén. sur la propriété (Ve *De publiciana in rem actione*). — *Ribéreau*, Théorie de l'*in bonis habere*. — *Ortolan*, Expl. hist. des Institut. de Justinien, t. III. — *Cuq*, de l'Edit Publicien.—*Accarias*, Précis de droit romain, t. I. et II.

Digitized by Google

DE L'ACTION PUBLICIENNE

NOTIONS GÉNÉRALES

1. — La propriété est le droit le plus étendu qu'une personne puisse avoir sur une chose : *est jus utendi, fruendi et abutendi.* Elle peut s'acquérir par un mode originaire ou par un mode dérivé. Lorsque le propriétaire vient à perdre sa possession, il trouve dans la *rei vindicatio* un secours, une sauvegarde. Mais il faut que celui qui veut en user fasse la preuve de sa propriété... « *ubi enim probavi rem meam esse...* » dit Ulpien. — Prouver qu'on est propriétaire n'est pas toujours chose fort aisée. On peut sans doute établir que l'on est devenu propriétaire par un des modes dérivés; mais suffit-il d'établir qu'on a obtenu une chose par un mode d'acquisition reconnu par le droit civil, une mancipation, un legs, etc.? Ne peut-il pas arri-

Digitized by Google

ver qu'un acheteur de bonne foi reçoive une chose *a non domino?* Or, on ne peut transmettre à quelqu'un plus de droits qu'on n'en a soi-même. Faudra-t-il alors que le revendiquant prouve la propriété de tous ses devanciers? Exiger une preuve semblable, c'était tomber dans l'impossible; bien plus, c'était jeter un trouble profond dans la propriété, se livrer à des contestations perpétuelles.

Aussi le *droit civil* vient-il au secours de la propriété en introduisant l'*usucapion*. Que le demandeur à la *rei vindicatio* prouve qu'à un moment quelconque, lui ou un de ses auteurs a possédé la chose paisiblement, sans interruption, un an ou deux ans, avec les conditions requises, et l'usurpateur sera repoussé.— L'usucapion complète pour ainsi dire l'acquisition; elle fait disparaître ce qu'il pouvait y avoir de vicieux à l'origine, soit quant à la forme, soit quant au fond : tradition d'une chose *mancipi*, vente *a non domino*.

Mais, pour pouvoir profiter de l'institution si bienfaisante de l'usucapion, il faut nécessairement qu'elle soit accomplie. Le possesseur cependant peut perdre sa possession avant le temps requis. Alors que faire? Pas de *rei vindicatio* possible, puisque cette action se base sur l'usucapion. Y a-t-il un autre moyen pour venir au secours du possesseur malheureux? Le droit civil est muet; mais le préteur est là, prêt à combler les lacunes du *jus civile*. Il ne touchera pas à l'action primitive, rigoureusement resserrée

Digitized by Google

dans le rite du *sacramentum* ou dans les termes de la formule; mais il placera à côté, grâce à une fiction, une action qui viendra remédier aux défectuosités de la *rei vindicatio* : ce sera la Publicienne.

« *Datur autem hæc actio ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petet. Nam, quia non potest eam ex jure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ità, quasi ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo : judex esto, si quem hominem Aulus Agerius emit, et is ei traditus est, anno possedisset, tum si eum hominem de quo agitur ejus ex jure Quiritium esse oporteret*, et reliqua. » (Gaius, Instit. comm., IV, § 36.)

Fingitur rem usucepisse... C'est une fiction; on suppose accomplie une usucapion qui ne l'est pas encore. Le juge n'a pas à se préoccuper si le demandeur est réellement propriétaire de la chose qu'il réclame, mais s'il le serait devenu, en supposant l'usucapion accomplie.

« *Namque si, cui ex justa causa res aliqua fuerit, veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum, necdum ejus rei dominus effectus est, si ejus rei possessionem amiserit, nullam habet directam in rem actionem ad eam persequendam : quippe ita proditæ sunt jure civili actiones ut quis dominium suum vindicet : sed quia sane durum erat eo casu deficere actionem, inventa est a prætore actio, in qua dicet, is qui possessionem amisit eam rem se usucepisse,*

Digitized by Google

et itâ vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur. » (Instit. Justin., liv. IV, t. VI, § 4.)

Dire quel a été le but de la Publicienne, c'est en même temps avoir démontré son utilité. Elle a comblé une lacune du droit civil; elle est venue au secours du possesseur malheureux qui ne pouvait en sa faveur invoquer le bénéfice de l'usucapion. Mais, avant d'aller plus loin, nous allons commencer par préciser et par grouper les divers cas d'application de la Publicienne.

CHAPITRE Ier

QUI PEUT INTENTER LA PUBLICIENNE

2. — 1o L'hypothèse classique de la Publicienne est celle qui accorde cette action au simple possesseur de bonne foi, à celui qui a reçu de bonne foi par tradition, de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire, une chose soit *mancipi,* soit *nec mancipi*. Ainsi une personne a reçu tradition d'une chose en vertu d'une cause translative de propriété, mais *a non domino;* cet *accipiens* est de bonne foi : il a cru le *tradens* propriétaire. Les conditions initiales de l'usucapion sont donc réunies; le temps seul a manqué pour la parfaire et constituer l'*accipiens dominus,* propriétaire. Pendant qu'il est *in causa*

Digitized by Google

usucapiendi, l'*accipiens* a perdu la possession qui est passée aux mains d'un usurpateur, sans titre, sans bonne foi; n'étant pas propriétaire, il n'a pas la *rei vindicatio :* en droit civil il est désarmé. Mais le préteur est intervenu pour tempérer cette rigueur du droit : il pourra exercer la Publicienne.

3. — Dans une opinion qui est restée à peu près isolée, un auteur allemand, Kritz (*De rei vind. et Publ. act.*, p. 78), a voulu contester l'application de la Publicienne au possesseur de bonne foi, sous prétexte que « le possesseur de « bonne foi peut, aussi bien que le propriétaire « quiritaire, exercer la revendication; que dès« lors il eût été inutile de créer pour lui la Pu« blicienne. Pour triompher de la revendica« tion,» ajoute-t-il, « il n'est pas nécessaire d'être « propriétaire *ex jure Quiritium;* il suffit d'avoir « un droit préférable et supérieur à celui de « son adversaire : or telle peut être la condition « du possesseur de bonne foi. » Mais, répond avec raison M. Cuq — professeur à la faculté de droit de Bordeaux — (*l'Edit publicien,* p. 12), cette opinion conduit à une singulière conséquence; car si on se rappelle que Justinien a supprimé la distinction du domaine bonitaire et du domaine quiritaire, il en résulte que la Publicienne devait être sans application sous cet empereur. Et comment est-il possible que l'on trouve au Digeste un titre tout entier consacré à cette action, si elle était réellement devenue inutile? Evidemment cette opinion de

Digitized by Google

M. Kritz n'est pas fondée, et nous devons nous hâter de la repousser.

4. — 2o La formule de la Publicienne s'applique également au propriétaire bonitaire, à celui qui a la chose *in bonis.*

Les expressions *in bonis habere, in bonis esse,* présentent une double signification dans la langue des jurisconsultes romains. Parfois on les trouve prises, dans un sens très général, pour exprimer l'existence de choses dans le patrimoine d'une personne; mais dans une signification spéciale et technique, on s'en servait pour désigner la propriété prétorienne du droit positif romain sur une chose, qui est *in commercio.* C'est dans ce dernier sens que nous parlerons de l'*in bonis.* Ainsi, on dit d'une chose qu'elle est *in bonis* quand, étant de sa nature *res mancipi,* on n'a employé pour l'aliéner qu'un mode du droit des gens : la tradition.

Certains auteurs ont prétendu, contrairement à ce que nous avons avancé, que l'action Publicienne ne protégeait pas le propriétaire bonitaire, et l'on s'efforce de trouver en sa faveur d'autres façons de procéder.

5. — Première opinion. — D'après quelques interprètes (Hugo, *Lehrbuch der Geschichte des Romischen Rechts,* p. 438, 9e éd.; de Vangerow, *Lehrb.* I, p. 622), celui qui a une chose *in bonis* peut intenter la revendication *per formulam petitoriam,* et par suite n'a nul besoin de la Publicienne. — On croit trouver la justifica-

Digitized by Google

tion de cette opinion dans ces mots de Gaïus : « *Petitoria autem formula est qua actor intendit rem suam esse* (Comment., IV., § 92). — Gaïus n'ajoute pas, après les mots *rem suam esse*, ceux-ci : « *ex jure Quiritium* », qui se retrouvent dans la procédure *Per sponsionem*, pour laquelle il s'exprime ainsi : « *Per sponsionem vero hoc modo agimus. Provocamus adversarium tali sponsione : si homo quo de agitur ex jure Quiritium, meus est, sestertios XXV nummos dare spondes.* » Donc, dit-on, la *formula petitoria* s'applique bien à ceux qui ont la chose *in bonis*.

Mais si nous rapprochons ce passage de Gaïus d'un autre du même auteur, qui se trouve rapporté au comment. IV § 41, « *Si paret hominem ex jure Quiritium Auli Agerii esse* », nous sommes bien forcé de reconnaître qu'il est inexact de dire que l'*intentio* de la formule pétitoire se distingue de celle de la *sponsio* en ce qu'elle ne contient pas les mots « *ex jure Quiritium* ». — D'ailleurs, il est bien certain que dans la pratique du Droit Romain, cette expression « *rem suam esse* » est toujours synonyme de celle-ci « *rem suam esse ex jure Quiritium* ». Gaïus nous le dit lui-même en propres termes en parlant du *bonorum possessor* (Comm. IV, § 34) : « *Quum enim prætorio jure et non legitimo succedat in locum defuncti, non habet directas actiones, et neque id quod defuncti fuit potest intendere suum esse*, etc. » Et tout le monde admet que le *bonorum possessor* a les

Digitized by Google

choses héréditaires seulement *in bonis*, qu'il n'en est pas *dominus* « *ex jure Quiritium*. »

6. — Deuxième opinion. — On prétend que le propriétaire bonitaire aurait, non pas l'action Publicienne, mais une *rei vindicatio* utile. L'action serait fictive, mais non comme la Publicienne : on ne suppose pas l'usucapion accomplie, mais on considère comme accomplies les conditions exigées par le droit civil pour transmettre *ab initio* le *dominium*. Ainsi, pour le cas où l'on a acquis une chose *mancipi* par simple tradition, on suppose que la mancipation a eu lieu, et que la formule est ainsi conçue : « *Si quem fundum Aulus Agerius emit, quique ei traditus est, mancipio accepisset, tum si eum fundum, de quo agitur, ex jure Quiritium esse oporteret*, etc. » Mais, si nous consultons les textes, nous voyons que la fiction de l'usucapion accomplie répond bien mieux à tout ce que nous savons des principes de la matière que ne le ferait la fiction de la mancipation. — Nous repoussons donc cette opinion, qui ne repose que sur des hypothèses.

En résumé, il paraît certain que la Publicienne était accordée à quiconque avait la chose *in bonis* et était par suite *in causa usucapiendi*.

7. — 3o L'action Publicienne pouvait encore être accordée au propriétaire lui-même.

Beaucoup d'auteurs ont cependant soutenu le contraire. Nous trouvons, parmi eux, les autorités les plus incontestables, notamment Pothier et Cujas. Le propriétaire, dit-on, a l'action civile

Digitized by Google

à sa disposition; à quoi bon lui accorder en même temps la Publicienne? — Le but de cette action n'est-il pas, en effet, de venir au secours de celui qui n'est pas propriétaire? La loi 1, h. t., nous le dit : « *Si quis id quod traditur et* NONDUM USUCAPTUM... » La non-usucapion serait donc une des conditions de la Publicienne. De plus, ajoute-t-on, Paul confirme cette théorie dans la loi 18, D., *De Pignoribus et hypothecis :* « *Si ab eo qui Publiciana uti potuit, quia dominium non habuit, pignori accepi : sic tuetur me per Servianam prætor, quemadmodum debitorem per Publicianam.* » On dit bien clairement que le préteur sera protégé par la Publicienne, *quia dominium non habuit,* parce qu'il n'avait pas le *dominium* sur la chose.

Nous croyons cependant que le possesseur qui a usucapé peut agir par la Publicienne, si ce mode de procéder lui paraît plus commode que la voie de la revendication. — Le *dominus ex jure Quiritium* peut parfois être embarrassé pour prouver sa propriété par la *rei vindicatio;* pourquoi ne lui accorderait-on pas la Publicienne? — A l'appui de cette opinion, nous pouvons citer la loi 39, § 1, D., *De Evictionibus,* où nous voyons que l'action en garantie est refusée à un acheteur de bonne foi qui a succombé à la revendication, parce qu'il lui reste la Publicienne, « *supererit Publiciana actio.* »

La loi 66 *(eod.)* vient encore corroborer la loi 39; nous y trouvons que l'action en garantie est refusée à l'acheteur, qui, averti par le vendeur

Digitized by Google

d'employer l'action Publicienne, plutôt que la revendication, n'a pas suivi ce conseil : « *Si cum venditor admonuisset emptorem, ut Publiciana potius, vel ea actione, quæ de fundo vectigali proposita est, experiretur, emptor id facere supersedit.....* »

Pourrait-on nous opposer que la loi 1, § 1, h. t., est une condamnation de ce droit du propriétaire? « *Merito ait prætor :* NONDUM USUCAPTUM; *nam si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.* » Mais remarquons que le préteur ne dit pas qu'il ne pourra pas intenter la Publicienne celui dont le bien est « USUCAPTUM »; il se contente de souligner qu'il n'en a pas besoin *(nec desiderat)*. Or, parce que d'une façon générale on n'a pas besoin d'une action, il n'en résulte pas qu'on ne puisse s'en servir à un moment donné. On ne saurait donc tirer un argument sérieux de la loi 1, h. t. Maintenons, par conséquent, que la Publicienne pouvait être accordée au propriétaire lui-même.

8. — 4° La Publicienne se donne encore à celui qui a perdu la quasi-possession de choses incorporelles non susceptibles d'usucapion.

En règle générale, et nous le verrons plus loin, une des conditions essentielles pour l'exercice de la Publicienne est que la chose puisse être usucapée. Or on sait que la tradition ne pouvait conférer sur l'usufruit et les servitudes réelles qu'une quasi-possession, incapable de servir de base à l'usucapion. Il semble donc que la Publi-

Digitized by Google

cienne ne pût être accordée, les conditions ordinaires en faisant défaut. Mais le préteur, ici encore, a adouci en faveur de ces quasi-possesseurs les rigueurs du droit civil. Nous trouvons, en effet, dans la loi 11, § 1, h. t., un texte formel sur ce point : il est dit que, s'il s'agit d'un usufruit livré, *si de usufructu agatur tradito,* on accorde la Publicienne. On la donne aussi quand des servitudes de fonds urbains ont été constituées par quasi-tradition ou par patience, par exemple lorsque quelqu'un a souffert qu'on fît passer un aqueduc à travers sa maison. Il en est de même des servitudes de fonds rustiques, car on est d'accord qu'ici également il faut protéger la quasi-tradition ou la patience.

9. — 5° Enfin la Publicienne est encore accordée au possesseur d'un fonds vectigal ou d'une superficie.

10. — « On appelle *agri vectigales,* dit Pellat *(Exposé des principes généraux sur la propriété,* introd., n° 120), des fonds appartenant au peuple Romain, à des cités, ou à des colléges de prêtres ou de vestales, et loués à des particuliers, soit à perpétuité, soit pour un temps plus ou moins long, sous la charge d'une certaine redevance annuelle, soit en argent, soit en fruits. — En principe, le locataire troublé dans sa jouissance ne pourrait qu'agir contre le locateur par l'action *conducti,* pour se faire indemniser si le trouble vient de son fait, ou se faire céder ses actions si le trouble vient d'un tiers. — Le preneur ob-

Digitized by Google

tient du préteur une action réelle, utile, et par là son droit se rapproche de celui d'un propriétaire ou d'un usufruitier, sans se confondre ni avec l'un ni avec l'autre. »

11. — Quant au droit de superficie, il avait fini par devenir une véritable propriété prétorienne, donnant même contre le propriétaire du sol un interdit analogue à l'*uti possidetis*.

Nul doute que la Publicienne ne fût accordée pour protéger le *jus agri vectigalis* et le *jus superficiei*. Paul est précis sur ce point dans la loi 12, § 2 et 3, h. t. : « *In vectigalibus, et in aliis prædiis quæ usucapi non possunt, Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. — Idem est, et si superficiariam insulam a non domino bona fide emero.* »

On suppose une concession vectigale ou superficiaire faite à une personne qui l'a reçue de bonne foi, croyant que le *tradens* pouvait disposer du fonds. D'après les principes du droit civil, le *jus agri vectigalis* et le *jus superficiei* ne pouvaient être acquis par usucapion ; cependant, malgré cela, on admet que la Publicienne pourra être exercée.

Digitized by Google

CHAPITRE II

CONDITIONS REQUISES POUR OBTENIR LA PUBLICIENNE

—

12. — Nous avons vu que la Publicienne était donnée *ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit... fingitur rem usucepisse...* On se place dans l'hypothèse d'une usucapion accomplie. C'est donc dans cette dernière institution que nous trouvons les éléments de notre action.

Il en résulte qu'il faut, pour intenter la Publicienne : 1° avoir été possesseur; 2° l'avoir été *ex justa causa;* 3° avoir été de bonne foi au moment de l'acquisition; 4° que la réclamation s'exerce sur une chose susceptible d'usucapion.

Section Ire — *De la Possession*

13. — La possession nous semble être une des conditions essentielles pour l'exercice de la Publicienne. Cette action est, en effet, basée sur une usucapion accomplie; or pas d'usucapion possible sans possession. Elle a été introduite en faveur du possesseur qui avait perdu sa chose avant de l'avoir conservée le temps prescrit pour l'usucapion. N'est-ce pas en induire sûrement qu'il ne saurait être question d'intenter une action publicienne si on n'a jamais pos-

Digitized by Google

sédé? « *Sine possessione usucapio contingere non potest* » (Loi 25, D., *De usurp. et usucap.*); et cependant on a prétendu que l'action Publicienne pouvait s'exercer sans qu'il y ait eu une possession préalable.

14. — On invoque à l'appui de cette opinion certains modes de translation de la propriété, tels que la mancipation, la cession juridique, le legs *per vindicationem*, qui, à n'en pas douter, peuvent servir de juste cause, et cependant n'impliquent pas nécessairement une possession. Mais est-ce là une raison pour conclure que la possession est inutile dans l'exercice de la Publicienne? Il faudrait un texte pour pouvoir l'affirmer. Il est vrai qu'en torturant la loi on finit par trouver, ou du moins par croire qu'on a trouvé quelque chose. On argumente de la loi 18 § 15, D., *De Damno infecto* : « *Si is qui jussu prætoris cœperat possidere, et possidendo dominium capere, aut non admissus aut ejectus : inde fuerit utile interdictum unde vi, aut Publicianam actionem habere potest.* » Ces mots « *aut non admissus* » désignent bien, dit-on, celui qui a été empêché d'entrer dans le fonds, et cependant on lui accorde la Publicienne : donc la possession n'est pas un élément essentiel de cette action. Mais peut-on vraiment donner aux mots « *non admissus* » cette interprétation arbitraire qui surgit si à propos pour les besoins de la cause? Que l'on compare cette expression avec celle qui lui est identique dans la loi 3 § 13, *De Vi*, du même titre, et l'on verra qu'il s'agit d'une per-

Digitized by Google

sonne empêchée, non pas d'*entrer*, mais de *rentrer* dans son fonds; ce qui est bien différent.

Le doute ne saurait exister au sujet de l'interprétation de ces mots dans la loi 3, § 13, *De Vi;* pourquoi en serait-il différemment dans la loi 18, § 15, *De Damno infecto?* Qu'on lise avec attention cette loi, et l'on verra bien qu'il s'agit, dans l'espèce, d'une *rentrée* en possession : « *si is qui jussu prætoris cœperat possidere.* »

Enfin, ne dit-on pas « *utile interdictum unde vi* »; or l'interdit *unde vi* n'est donné qu'à ceux qui ont déjà possédé. — Donc la loi 18, § 15, bien loin de pouvoir servir aux partisans de l'opinion que nous repoussons, sert, au contraire, à les combattre victorieusement.

Ce n'est pas tout, dit-on; la loi 15 de notre titre, fragment de Pomponius, est encore là : « *Si servus meus quum in fuga sit, rem a non domino emat, Publiciana mihi competere debet, licet possessionem rei traditæ eum nanctus non sim.* » — La Publicienne doit m'être accordée, dit Pomponius, bien que je n'aie pas obtenu par lui la possession de la chose livrée.

Mais entendons-nous sur le véritable sens du mot « *possessionem* ». Le mot *possessio* ne saurait ici signifier autre chose que détention de la chose, appréhension... « la Publicienne doit me compéter, bien que je n'aie pas la détention de la chose.... » Mon esclave l'a eue pour moi, et cela doit suffire. Nous lisons, en effet, L. I, § 14, D., *De Acq. vel am. possess.* : « *Per servum, qui in fuga sit, nihil posse nos possidere, Nerva filius ait, licet*

Digitized by Google

respondeatur, quamdiu ab alio non utilitatis causa receptum est, ut impleatur usucapio, quamdiu nemo nanctus sit ejus possessionem. Possessionem autem per eum acquiri sicut per eos quos in provincia habemus; Cassii et Juliani sententia est. » Donc, nous acquérons la possession par un esclave en fuite. Paul, s'appuyant sur l'opinion de Cassius et de Julien, bien plus autorisée que celle de Nerva fils, nous le démontre catégoriquement. Et les mots... « *licet possessionem rei traditæ per eum nanctus non sim* » signifient évidemment : Bien que nous n'ayons pas eu la détention matérielle de la chose, notre esclave a possédé; cela suffit.

Que conclure de là, sinon que la loi 12, § 13, invoquée par nos adversaires, se trouve encore en notre faveur?

On argumente aussi de la loi 12, § 1, h. t. : « *Is cui ex Trebelliano hereditas restituta est, etiam si non fuerit nanctus possessionem, uti potest Publiciana* », nous dit Paul. Au premier abord, ce texte semble venir à l'appui de l'opinion de nos adversaires, « Celui à qui une hérédité a été restituée, en vertu du s. c. Trebellien, bien qu'il n'ait pas eu la possession, peut user de la Publicienne. » Mais il faut rapprocher cette loi de la loi 7, § 9, h. t., ainsi conçue : « *Hæc actio et heredi et honorariis successoribus competet.* » Or il s'agit dans la loi 12, § 1, d'une chose que le défunt était en voie d'usucaper et pour laquelle il avait lui-même la Publicienne. On veut donc dire tout simplement que « celui à qui l'hérédité

Digitized by Google

a été restituée pourra l'exercer pour la raison donnée dans la loi 7, § 9; c'est que cette action compète à l'héritier et aux successeurs prétoriens. »

Invoquera-t-on la loi 9, § 6, h. t., d'Ulpien : « *Si servus hereditarius ante aditam hereditatem aliquam rem emerit, et traditam sibi possessionem amiserit, recte heres Publiciana utitur, quasi ipse possedisset. Municipes quoque quorum servo res tradita est, in eadem erunt conditione.* »

Les personnes morales ou juridiques, par exemple une hérédité jacente, ne peuvent pas acquérir la possession. Mais on a admis que le maître pourrait acquérir à son insu la possession des choses qui seraient livrées à l'esclave concernant son pécule. On suppose que le maître, en autorisant l'esclave à avoir un pécule, a manifesté sa volonté une fois pour toutes, et que cette manifestation ainsi faite suffit (L. 45, § 1, D., *De Usurp. et usucap.*). Et ce même principe a été appliqué, *jure singulari*, dans le cas de l'hérédité vacante (L. 44, § 3, *eod.*) Or le § 6 de la loi 9, h. t., nous place dans des hypothèses analogues. Ce qu'on admet pour l'usucapion d'après la loi 44, § 3, doit donc l'être par analogie dans la loi 9, § 6, h. t.

Nous croyons ainsi avoir fait justice des prétendus arguments mis en avant par nos adversaires. Cette opinion est surtout enseignée par l'école allemande, où nous remarquons des noms connus, tels que ceux de Puchta (*Inst.*, t. 2, § 233, p. 602, de Vangerow (*Lehrbuch*, § 335, t. I[er], p.

Digitized by Google

756), de Hasse (*Rhein. Museum,* t. 2, p. 602, 3me éd.); elle est, d'ailleurs, fort ancienne, et nous en voyons les premières traces dans les *Selectæ quæstiones* de Vinnius (L. chap. 27).

15. — Si maintenant nous recherchons et l'esprit qui a guidé le préteur dans la création de la Publicienne et les textes qui la réglementent, nous sommes forcé de conclure que la possession est de toute nécessité pour l'exercice de la Publicienne. Nous voyons, en effet, qu'elle repose sur une usucapion commencée, et non encore accomplie, *fingitur usucepisse,* nous dit Gaïus.

La loi 1, h. t., n'est pas moins formelle : « *Meritò prætor ait : Nondum usucaptum ; nam si usuceptum...* » On suppose évidemment une usucapion non encore accomplie.

De même, dans les Instituts de Justinien, L. 4, § 4, *De Actionibus,* nous lisons : « *Inventa est a prætore actio in qua dicit is qui possessionem amisit eam rem se usucepisse, et ita vindicat suam esse.* » Partout apparaît l'idée de possession. C'est qu'en effet, si elle ne constituait pas une condition nécessaire, comment serait-il possible d'imaginer une usucapion accomplie ? *Sine possessione usucapio contingere non potest,* porte la loi 25, D., *De Usurp. et usucap.*

Cette opinion est enseignée par la majorité des auteurs.

Digitized by Google

SECTION II — *De la juste cause.*

16. — *Ait prætor : Ex justa causa petet. Qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana...* » (L. 3, § 1, h. t. ULPIANUS *Ad Edictum*). « Demande en vertu d'une juste cause », dit le préteur.

Celui qui a une juste cause de tradition peut user de la Publicienne. Tel est le principe énoncé dans l'édit. — Il faut entendre par juste cause, un fait, une circonstance dénotant l'intention de transférer et d'acquérir la propriété.

Les jurisconsultes romains veulent que la possession soit justifiée dans son principe. Le laps de temps seul n'est pas suffisant; il faut que la possession soit fondée sur une juste cause d'acquisition de la propriété. — Ainsi le créancier gagiste, quoiqu'il ait la possession, ne pourra pas usucaper, parce qu'il n'y a pas chez lui une juste cause d'acquisition. Il en est de même de celui qui s'est fait transférer la possession précaire (Loi 4, § 1, *De Precario*).

17. — Les justes causes d'acquisition de la propriété sont, d'ailleurs, nombreuses. Nous allons les examiner sommairement.

18. — Ulpien nous dit (L. 3, § 1, D., h. t.) : « *Et non solum emptori bonæ fidei competit Publiciana, sed et aliis, utputa, ei cui dotis nomine res est, nundum usucapta; est enim justissima*

Digitized by Google

causa, sive æstimata res in dotem data sit, sive non. » La dot est livrée au mari avec l'intention de la part du *tradens* de lui en transférer la propriété. — Il en résultera que si le *tradens* est propriétaire, le mari le devient également, et, dans le cas contraire, il acquiert la propriété au moyen de l'usucapion *pro dote.* S'il y a eu une estimation, nous dit la loi, comme l'estimation vaut vente, le mari alors possèdera et usucapera *pro emptore.* Pas de difficulté sur ce point.

Remarquons toutefois que si la tradition avait été faite avant le mariage, la constitution de dot, la *justa causa* n'existera qu'au moment où le mariage sera contracté. Le futur mari n'usucapera pas jusque-là *pro dote,* mais seulement *pro suo,* — *ante nuptias autem non pro dote usucapit,* dit Ulpien, *sed pro suo* » (L. 1, § 2, *Pro Dote,* D., XLI, 9). — Et même, si en ce cas de tradition antérieure au mariage, il y a eu *æstimatio*, Paul enseigne que « *nec pro emptore, nec pro suo ante nuptias usucapietur* » L. 2, id.).

19. — « *Item, si res ex causa judicati sit tradita* », poursuit Ulpien dans la loi 3, § 1, *in fine,* h. t. Il est très affirmatif dans cet énoncé : Il y a juste cause, si une chose a été livrée en vertu d'un jugement. Mais les interprètes sont loin d'être d'accord sur cette question.

Supposons d'abord un jugement rendu sur une action réelle. De deux choses l'une : ou le demandeur aura fait ses preuves, ou il ne les aura pas faites. Si la preuve est suffisante, il

Digitized by Google

triomphera dans son action, et la chose revendiquée lui sera restituée. Mais peut-on dire que la restitution ordonnée par le juge constitue la *justa causa pro judicato?* Doneau (*Comm. juris civil.*, V, 14, § 13), de Vangerow (*Lehrbuch d. Pandekten*, I, p. 679) l'ont pensé. Pellat (*Exposé des principes généraux sur la propriété*, p. 464) croit, au contraire, avec raison selon nous, qu'il est impossible de voir là une *justa causa usucapiendi* : il n'y a pas, en effet, dans cette hypothèse intention d'aliéner et d'acquérir; il n'y a pas translation de propriété, puisque la tradition est ici la restitution de la possession à celui qui était déjà, d'après l'opinion du juge, propriétaire. Il est incontestable que le jugement dans ce cas est simplement déclaratif de droits préexistants. Il n'a d'autre but que de confirmer la légitimité d'un droit antérieur. Il ne saurait rien ajouter au titre en vertu duquel la partie a gagné son procès.

Supposons que le demandeur ne fasse pas sa preuve; qu'arrivera-t-il? Le défendeur restera en possession. Mais peut-on trouver ici au moins une *justa causa adquirendi?* Nous ne le croyons pas. En effet, que dit le jugement? Il se contente de déclarer que la revendication n'est pas fondée; mais il n'établit pas évidemment que le droit du défendeur le soit.

Supposons maintenant que l'usucapion se soit accomplie pendant l'instance au profit du défendeur, et que, le demandeur venant à triompher, le juge ordonne la restitution de la pro-

Digitized by Google

priété. Ici bon nombre d'auteurs voient une juste cause d'acquisition; on y trouve les éléments de l'usucapion. En effet, dit-on, le juge ne se borne pas à reconnaître un droit préexistant; il ordonne que l'on procède à un transfert de la propriété acquise par usucapion. Donc ici la *justa causa adquirendi* existera; elle prendra sa source dans le jugement rendu, *ex causa judicati*.

Ce raisonnement, à le bien considérer, nous semble plus spécieux que réel. En effet, pour que le demandeur ait besoin de la possession pour arriver à la propriété, il faut nécessairement supposer que le défendeur n'a pas usucapé, et que par conséquent le droit de revendication du tiers propriétaire subsiste encore. Ce n'est pas le jugement qui a pu créer des droits nouveaux au propriétaire; son ancien titre seul doit les lui donner. Par conséquent il continuera à posséder, non pas *ex causa judicati*, *sed ex pristina causa empti*, *aut donati*, etc.

Pellat (*loco cit.*, p. 467) nous dit à ce sujet : « Si le juge enjoint au défendeur de retransférer la propriété au demandeur, c'est qu'il a reconnu que celui-ci avait la propriété au moment de la *litis contestatio*, et qu'il fallait le remettre dans la position où il aurait été si le jugement avait pu être rendu à ce moment-là. Le juge a ainsi reconnu le titre sur lequel le demandeur fondait sa propriété et dont il devait fournir la preuve. Ce n'est donc pas dans le jugement sur la revendication, mais dans cet ancien titre d'acquisition, qu'il faut rechercher la base de l'usucapion

Digitized by Google

du demandeur, dans le cas où le défendeur n'aurait lui-même réellement pas usucapé, comme le juge l'a cru, et où par conséquent le droit de revendication du tiers propriétaire subsisterait encore ; c'est donc *ex causa pristina empti*, *donati*, etc., et non *ex causa judicati*, que le demandeur victorieux pourrait accomplir l'usucapion et invoquer l'action Publicienne. »

Examinons maintenant un jugement rendu en matière personnelle. Le juge condamne le défendeur ; celui-ci paie avec des écus qui ne lui appartiennent pas. Le demandeur pourra-t-il usucaper ? Pourquoi ne le pourrait-il pas ? Ici nous retrouvons, il nous semble, les éléments de l'usucapion.

20. — La donation entre époux pourra-t-elle servir de cause à la Publicienne ? Non ; car nous ne trouvons pas ici de juste cause d'acquisition, la donation entre époux étant interdite (L. 1, *De Donat. inter vir. et uxor.*). Mais, la même prohibition n'existant pas entre fiancés, une donation faite dans ce cas par un fiancé à l'autre tombe sous la protection de la Publicienne. « *Si sponsus sponsæ servum donasset, eumque in dotem accepisset ante usucapionem, rescriptum est, a divo Pio divortio facto restituendum esse servum ; nam valuisse donationem inter sponsum et sponsam. Dabitur ergo et possidenti exceptio, et amissa possessione Publiciana, sive extraneus, sive donator possideat.* » (Paul, L. 12, pr., h. t.)

Digitized by Google

Et cela doit être, car le fiancé a valablement donné à sa fiancée; à le supposer *non dominus*, celle-ci a au moins été mise *in justa causa usucapiendi*.

21. — La donation à cause de mort peut aussi servir de juste cause à la possession. Paul nous le dit d'une façon bien explicite dans la loi 2, h. t. : « *vel mortis causa donationes factæ; nam amissa possessione competit Publiciana; quia ad exemplum legatorum capiuntur.* » Ce texte, intercalé entre deux phrases d'Ulpien, semble établir une assimilation entière entre le legs et la donation à cause de mort quant à la Publicienne... *ad exemplum legatorum capiuntur*.

22. — Voyons donc ce qui se passe en matière de legs. Aux termes de l'édit du préteur, l'action Publicienne était accordée à celui qui, ayant reçu tradition d'une chose en vertu d'une vente ou de toute autre juste cause, n'avait pas pu en devenir immédiatement propriétaire, et avait par conséquent besoin de l'usucapion pour arriver à la propriété. Mais, observe Ulpien (L. 1, § 2, h. t.), *cur traditionis duntaxat et usucapionis fecit mentionem? quum satis multæ sunt juris partes quibus dominium quis nancisceretur utputa legatum*. Il ne s'agit pas ici du legs *per damnationem*, dans lequel la propriété ne passant pas directement du *de cujus* au légataire, celui-ci a pu léguer une *res aliena* que l'héritier devra se procurer pour exécuter l'obligation à lui imposée. Il s'agit du legs *per vindicationem*

Digitized by Google

et du legs *sinendi modo*, où nous trouvons précisément cette absence de tradition proprement dite dont nous avons parlé, et qui distingue certaines *justæ causæ usucapiendi* des *justæ causæ traditionis*.

23. — Revenons maintenant à la donation à cause de mort, indiquée dans le fragment de Paul formant la L. 2, que les compilateurs ont intercalé entre les deux parties du texte d'Ulpien, commençant dans la loi 1 et continuant dans la loi 3.

Ce texte, nous l'avons déjà fait remarquer, rapproché de la proposition qui termine la loi 1, et venant la compléter, semble vouloir dire tout naturellement que par la donation à cause de mort, comme par le legs *per vindicationem*, le *dominium* est transféré sans tradition.

C'est ce qu'admettent Cujas (*Observ.* X, 28, t. 3, p. 262 et *Comment. ad h. t.*, L. 2) et Pothier (*Pandect.*, VI, 2, n° XIII : « *Ex hoc patet,* dit ce dernier, *jam jure Pandectarum donationes mortis causa in hoc legatis per vindicationem assimilitas fuisse, ut rerum ita donatarum ipso jure dominium transiret, sicut transit dominium rerum legatarum in legatarium.* » Ces auteurs sont bien forcés d'avouer cependant que la chose est extraordinaire : *et est profecto in hanc rem lex 2 valde singularis*, reconnaît Cujas (*loco cit.*). C'est qu'en effet, si nous examinons les textes, nous voyons que l'on nous présente toujours la tradition comme la forme habituelle de cette dona-

tion. Il faut donc chercher ailleurs une explication à la loi 2. C'est ce qu'ont fait les interprètes les plus autorisés du droit romain : Pellat (*op. cit.*, p. 456), Savigny (*Droit romain*, 4, p. 247), M. Accarias (*Précis de Droit romain*, 1, p. 694). D'après eux, la L. 2 se rapporterait à une espèce particulière.

La donation à cause de mort, lorsqu'elle a pour objet une translation de propriété, peut se faire ou sous condition résolutoire ou sous condition suspensive. Dans le premier cas, la convention s'exécute au moyen d'une *datio* immédiate; le donataire rentre en possession sur-le-champ, et a une juste cause du jour même de la tradition. Dans le second cas, la tradition opérée du vivant du donateur n'étant pas accompagnée de l'intention actuelle d'aliéner et d'acquérir, ne pouvait transférer la propriété; d'où pas de possession utile pour le donataire pendant la vie du donateur. Mais si le prédécès survient, la condition est accomplie, et rétroactivement la tradition se trouve avoir eu une *justa causa*; par suite, application possible de la Publicienne. « C'est là, dit M. Accarias (*loco cit.*), l'explication de la loi 2, où la donation *mortis causa* est présentée comme une manière d'acquérir. Mais il est évident que c'est là un langage inexact. Quoique la translation de propriété ne s'opère ici qu'au jour du prédécès du donateur, c'est toujours de la tradition (ou de la mancipation) qu'elle résulte; la mort du donateur n'est que l'avènement de la condition qui suspendait l'effet de ces actes. »

Digitized by Google

24. — Il y a encore une *justa causa* dans la tradition faite *solvendi causa* (Paul, L. 4, h. t.). Quand la tradition a eu lieu dans l'intention d'accomplir une obligation, nous dit Pellat (*loco cit.*, p. 480), il y a *justus titulus* pour l'usucapion et partant pour l'action Publicienne. Peu importe qu'on ait livré la chose même qui était due ou une autre agréée en remplacement par le créancier; peu importe également que la créance ait existé ou non, pourvu qu'on ait cru à son existence. Hermogénien nous dit à ce sujet (loi 46, D., *De Usurp. et usucap.*) : « *Pro soluto usucapit qui rem debiti causa recipit; et non tantum quod debetur, sed et quodlibet pro debito solutum hoc titulo usucapi potest.* » Usucape à titre de paiement (*pro soluto*) celui qui reçoit une chose à cause d'une dette; et ce n'est pas seulement ce qui est dû, mais tout autre objet reçu en paiement pour la chose due, qui peut être usucapé à ce titre. » Nous trouvons dans ce sens Pomponius (L. 3, D., *Pro suo*) : « *Hominem quem ex stipulatione te mihi debere falso existimabas, tradisti mihi. Si scissem mihi nihil deberi, usu eum non capiam; quia si nescio, verius est ut usucapiam : quia ipsa traditio ex causa quam veram esse existimo, sufficit ad efficiendum est id quod mihi traditum est pro meo possideam. Et ita Neratius scripsit, idque verum est.* »

25. — La vente présente cette particularité, digne de remarque, qu'il faut que l'achat en vertu duquel se fait la tradition ait réellement

Digitized by Google

existé. Aussi dans le langage juridique on n'emploiera l'expression de posséder, d'usucaper *pro emptore*, que lorsqu'il y a eu vente; si la chose a été livrée pour acquitter quelque autre obligation, on dira que l'on usucape et que l'on possède *pro soluto*. La raison de cette différence se trouve dans l'ancien droit. Dans le principe, en effet, la tradition faite en vertu d'une vente avait simplement pour but de remettre à l'acheteur la possession d'une chose dont il était déjà devenu propriétaire par cette formalité que l'on nomme la mancipation. La tradition, faite en vertu d'une vente, n'avait donc pas pour effet, comme dans la stipulation ordinaire, de constituer un paiement, par suite de créer un titre *pro soluto;* la mancipation l'avait déjà institué propriétaire. Il fallait donc nécessairement, pour que l'acheteur pût invoquer une juste cause, qu'il y ait eu réellement vente.

On s'est demandé si la Publicienne appartient à l'acheteur *a non domino* tant qu'il n'a pas payé le prix, ou fourni une satisfaction, ou obtenu un terme. M. Accarias (*loco cit.* I., 508) répond à ce sujet : « Lorsque le fait constitutif de la *justa causa* est subordonné à une condition, la tradition faite *pendente conditione* ne place pas encore l'acquéreur *in causa usucapiendi* (L. 2, § I, *Pro emptore*). Pareillement, l'acheteur qui n'a ni payé, ni fourni une satisfaction, ni obtenu un terme, n'usucape pas, encore que la vente soit pure et simple (L. 19, *De contrah. emptione;* L. 53, id.); car, même ayant acheté *a domino*, il

Digitized by Google

ne serait pas propriétaire. » Or, si l'acheteur qui n'a pas payé le prix ne peut usucaper, il ne peut non plus avoir la Publicienne. On a objecté de la loi 8, h. t., où Gaïus s'exprime ainsi : « *De pretio vero soluto (in edicto) nihil exprimitur; unde potest conjectura capi quasi non sententia prætoris ea sit, ut requiratur an solutum sit pretium.* » Le paiement du prix semblerait être, d'après Gaïus, une chose indifférente pour l'exercice de la Publicienne. Le jurisconsulte romain ne dit pas cependant qu'on *doit*, mais qu'on *peut* en tirer cette conclusion, *conjectura capi*. Etait-ce l'opinion personnelle de Gaïus? Il est impossible de le dire d'une façon positive; son langage nous autorise toutefois à le penser.

Il nous semble, en tout cas, bien difficile d'admettre cette opinion en présence des textes nombreux qui tous considèrent le paiement du prix comme condition même de l'acquisition. Pomponius nous le dit bien clairement dans la L. 19, D., *De contrah. emptione* : « *Quod vendidit, non aliter fit accipientis quam si aut pretium nobis solutum sit.* » De même Ulpien (L. 4, *De doli mali*, D. : « *Si a Titio fundum emeris Sempronii, et tibi traditus sit, pretio soluto, Julianus ait æquius esse prætorem te tueri.* » — (Idem Ulpien, L. 72, *De rei vindic.*) etc. — C'est qu'en effet l'acheteur, s'il n'a pas payé son prix, peut se se croire propriétaire : or, comment exercer la Publicienne si l'on ne se croit pas propriétaire? *quia non eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse.* Donc, pas d'usucapion,

pas de Publicienne pour le possesseur qui ne se croit pas propriétaire.

26. — La juste cause peut encore se présenter dans les circonstances suivantes : « *Papinianus, lib. VI quæstionum scribit : si quis prohibuit, vel denuntiavit ex causa venditionis tradi rem quæ ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilominus tradiderit : emptorem tuebitur prætor, sive possideat, sive petat rem.* » (Ulpien, *Ad edictum*, L. 14, h. t.) — Il résulte de ce texte que, si quelqu'un a défendu directement ou par notification de livrer en exécution de la vente une chose qui avait été vendue de son consentement par son procureur, et que celui-ci ait néanmoins fait la tradition, le préteur protégera l'acheteur soit qu'il possède, soit qu'il demande la chose. Mais il faut, pour qu'il en soit ainsi, que l'acheteur ait payé le prix ou soit prêt à le payer; sinon on lui opposerait l'exception tirée de la loi § 2, *De excep. rei vend. et trad.* : « *Si quis rem meam, mandatu meo vendiderit, vindicanti mihi rem venditam nocebit hæc exceptio, nisi probetur me mandasse ne traderetur antequam pretium solvatur.* Si quelqu'un a vendu ma chose par mon mandat, la revendication que j'intenterai sera repoussée par cette exception : *rei voluntate mea venditæ et traditæ*, à moins qu'il ne soit prouvé que j'ai donné mandat de ne pas livrer la chose avant que le prix fût payé. La défense de livrer la chose avant le paiement, empêche que l'acheteur puisse exercer la Publi-

Digitized by Google

cienne contre celui qui, dans le principe, avait ordonné au procureur de la lui vendre.

Mais il faut évidemment pour que la vente puisse être considérée comme *justa causa*, qu'elle ait eu lieu entre personnes capables. La Publicienne ne pourrait être accordée à celui qui achète d'un fou ou d'un mineur. Il y a cependant une exception que nous trouvons formulée dans la loi 7, § 2, h. t. « *Marcellus Lib. XVII Digestorum scribit : eum qui a furioso ignorans eum furere, emit, posse usucapere, ergo et Publicianam habebit* (Ulpianus *Ad Edictum).* » Le texte est formel. En principe, pas de contrat sans le consentement des deux parties : d'où, pas de *justa causa possessionis* en faveur de celui qui a acheté quelque chose d'un fou; mais il en sera différemment s'il a ignoré que son vendeur était en démence, s'il a acheté *ignorans eum furere;* dans ce cas, on lui accordera la Publicienne. Cette décision est raisonnable; on peut, en effet, être trompé bien involontairement par les apparences, sans que l'on ait à se reprocher aucune faute.

Paul, cependant, dans la L. 2, § 16, D., *Pro emptore,* tout en maintenant cette décision pour l'usucapion, la rejette pour la Publicienne : « *Si a furioso, quem putem sanæ mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset, emptio et ideo neque de evictione accessio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec actio possessionis.* » L'achat est nul, dit-il; aussi l'action touchant l'éviction ne naît pas, la Publi-

Digitized by Google

cienne ne peut exister; on peut bien usucaper, mais exceptionnellement pour cause d'utilité. — La décision de Paul est formelle, mais elle est incompréhensible; car s'il accorde l'usucapion malgré la nullité de la vente, pourquoi pour le même motif d'utilité qu'il invoque en sa faveur, n'accorderait-il pas la Publicienne? Ailleurs L. 13, § 1, D., *De Usurp. et usucap.* il nous le répète encore : « *eum qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est.* » Qu'en conclure, sinon que Paul et Ulpien étaient en contradiction manifeste? L'un basait sa décision sur le droit strict; l'autre, sur l'équité.

Quelques interprètes, toujours disposés à rechercher un point de conciliation même dans les opinions les plus divergentes, ont bien voulu tourner la difficulté, et donner des explications variées sur la façon de penser de Paul; mais il nous semble que son opinion, si nettement exprimée dans la loi 2, § 16, *Pro emptore,* se passe de commentaires.

27. — La vente d'une hérédité peut encore constituer une juste cause de possession au point de vue des objets particuliers de cette hérédité. Ainsi le titre *Pro herede* était possible dans l'hypothèse suivante : Un héritier trouve dans la masse héréditaire des biens qui appartiennent à autrui; il croit de bonne foi qu'ils font partie de la succession. L'usucapion pouvait avoir lieu en faveur de l'héritier; il possédait *pro herede* (Pomponius L. 3, D., *Pro he-*

Digitized by Google

rede). « Plerique putaverunt, si heres sim, et putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere. » Sans doute cette hypothèse d'usucapion devait être bien rare en fait; mais enfin elle était susceptible de se présenter, et la Publicienne pouvait y avoir son utilité.

28. — La *justa causa* peut encore se présenter dans le cas spécial de l'esclave même, considéré comme chose possédée. Nous avons en vue la *noxæ deditio*, dont il est parlé dans la loi 5, h. t. : *vel ex causa noxæ deditionis, sive vera sit causa, sive falsa.*

Un esclave commet un délit : le possesseur de l'esclave veut échapper au paiement de la somme fixée pour la réparation de ce délit; il abandonne l'esclave. Le nouveau possesseur l'acquerra par l'usucapion; il pourra par conséquent exercer la Publicienne. Son titre sera *pro noxæ dedito.* Ecoutons ce que nous dit Paul à ce sujet (L. 3, § 21, D. *De adq. possess.*) : « *Genera possessionum tot sunt, quot et causæ adquirendi ejus quod nostrum non sit, veluti pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede,* PRO NOXÆ DEDITO... etc. » Et aussi : L. 28, *De Nox.*, D.

La loi 6, h. t., rapproche de la *noxæ deditio* un cas qui présente avec elle la plus grande analogie : « *Item si servum ex causa noxali, quia non defendebatur, jussu prætoris duxero, et amisero possessionem, competit mihi Publiciana* (Paulus, *Ad Edictum*). » Il faut supposer le cas où un esclave délinquant n'est pas défendu par

son maître : il n'y a pas alors abandon de l'esclave; mais le préteur autorise celui qui a souffert du délit à emmener l'esclave. Il l'acquerra alors par usucapion.

29. — Il y a encore une *justa causa possessionis* dans l'envoi en possession par le second décret du préteur, *ex causa damni infecti*. La question se pose dans l'hypothèse suivante : Une maison menace ruine; le propriétaire refuse de donner caution de réparer le dommage que sa chute pourrait occasionner à la maison voisine. Le préteur d'abord, par un premier décret, envoie le voisin en possession, *custodiæ causa*, de l'immeuble menaçant ruine; si cela ne suffit pas, par un deuxième décret il l'autorise à posséder : il s'établit alors une possession véritable avec l'*animus domini*, qui place le voisin *in justa causa usucapiendi*. « *Non solum autem*, dit Ulpien, *eum punit prætor, qui in possessione esse, sed etiam eum qui possidere passus non fuerit : cum alioquin, si is qui jussu prætoris cœperat possidere, et possidendo dominium capere, aut non admissus, aut ejectus inde fuerit, utile interdictum unde vi, vel Publicianam actionem habere potest.* » Nous avons déjà eu l'occasion de citer ce passage de la loi 18 quand nous avons établi la nécessité de la possession préalable pour l'usage de la Publicienne.

30. — L'adjudication peut aussi servir de *justa causa*. Dans les actions *communi dividundo* et *familiæ erciscundæ*, le juge peut, par jugement, attribuer à l'un des plaideurs une

Digitized by Google

chose appartenant à autrui; l'adjudicataire y trouvera une juste cause de possession. Il en est de même dans l'action *finium regundorum :* le juge peut fort bien exproprier l'un des plaideurs au profit de l'autre. Marcellus est bien précis sur ce point (L. 17, *De Usurp. et usuc.* D.) : « *Si per errorem de alienis fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto, ex adjudicatione possidere cœperim : longo tempore capere possum.* » L'usucapion est possible, par suite la Publicienne.

31. — La Publicienne est également accordée à celui qui a reçu une chose pour quelque cause lucrative. La loi 7, § 3, h. t., nous dit même qu'elle lui compètera contre le donateur rentré en possession de la chose donnée : « *Sed et si quis,* dit Ulpien, *ex lucrativis causis rem accepit, habet Publicianam quæ* ETIAM *adversus donatorem competit : est enim justus possessor et petitor qui liberalitatem accepit.* » *Etiam,* nous dit le texte. C'est qu'en effet il paraîtrait, d'après certains jurisconsultes, que celui qui avait pris possession en vertu d'une cause lucrative, telle qu'une donation, n'était pas admis à l'usucapion aussi facilement que celui qui invoquait une autre cause, comme la vente, par exemple.

32. — Le serment déféré en dehors de toute instance constitue-t-il une *justa causa* donnant lieu à la Publicienne? Ulpien nous en donne la réponse dans la loi 7, § 7, h. t. : « *Si petenti mihi rem jusjurandum detuleris, egoque juravero rem meam esse, competit Publiciana*

Digitized by Google

mihi, sed adversus te duntaxat; ei enim soli nocere debet jusjurandum, qui detulit. Sed si possessori delatum est jusjurandum, et juraverit rem petitoris non esse, adversus eum solum petentem exceptione utetur, non ut et habeat actionem. »

Deux hypothèses sont prévues dans ce texte.

La première est des plus claires : Vous possédez, je revendique; vous me déférez le serment, je jure que la chose est à moi. J'ai désormais une action contre vous, mais contre vous seul : c'est la Publicienne.

Le texte prévoit une seconde hypothèse, qui est encore posée par le même jurisconsulte dans la L. 11, pr. D. *De jurejurando* : « *Si possessori fuerit jurejurandum delatum, juraveritque rem petitoris non esse, quamdiu quidem possidet, adversus eum qui detulit jusjurandum si petat, exceptione jurisjurandi utetur; si vero amiserit possessionem, actionem non habebit, ne quidem si is possideat qui ei jusjurandum detulit; non enim rem suam esse juravit, sed ejus non esse.* » — On suppose que le serment a été déféré au possesseur, et que celui-ci a juré que la chose n'était pas au demandeur. Tant qu'il possèdera, il pourra opposer l'exception *jurisjurandi* contre la demande que viendrait à former celui qui a déféré le serment; mais s'il perd la possession, il n'a pas d'action, quand même celui qui a déféré le serment serait aujourd'hui le possesseur : car il n'a pas juré que la chose est à lui,

Digitized by Google

il s'est contenté de dire qu'elle n'est pas à son adversaire.

Ulpien, dans la même loi 11, § 1, prévoit une troisième espèce : « *Proinde si, quum possideret, deferente petitore, rem suam esse juravit, consequenter dicemus, amissa quoque possessione, si is qui detulit jusjurandum nactus sit possessionem, actionem in factum ei dandam.* » — Je possède; vous revendiquez, et me déférez le serment : je jure que la chose est à moi, *rem meam esse*. J'ai alors contre vous, tant que je possède, l'exception *jurisjurandi*. Si vous venez à entrer en possession, j'aurai recours à une action *in factum*. Quelle est cette action? Ulpien ne le dit pas.

La première et la troisième hypothèse, que nous avons examinées, offrent entre elles la plus grande analogie. Mais comment se fait-il que l'une donnerait lieu à l'action Publicienne, l'autre à une action *in factum?* — Nous croyons que dans les deux cas il y a lieu à l'action *in factum;* car le juge n'a pas à examiner le point de droit, si la propriété du fonds est au demandeur; la seule question qui lui soit posée, soit dans l'action, soit dans l'exception, est celle-ci : Y a-t-il un serment régulièrement déféré et prêté? Et c'est cette action, née du serment, qui n'est autre que l'action *de jurejurando* qu'Ulpien appelle, par analogie, Publicienne, parce qu'elle supplée utilement l'action à propos de laquelle le serment a été déféré et prêté.

On a prétendu que le serment pouvait former

Digitized by Google

une *justa causa usucapionis* ou *præscriptionis,* sous prétexte qu'il constitue une sorte de transaction. Il y a eu, dit-on, un abandon de droit fait par celui qui a déféré le serment au profit de celui qui a juré, alors même qu'il aurait été propriétaire. Mais il ne nous semble pas qu'il en soit ainsi, et que le serment sur la question de propriété puisse, pas plus que le jugement, et pour les mêmes motifs, fonder une juste cause d'usucapion ou de prescription. L'intention d'aliéner et d'acquérir est évidemment absente.

33. — Nous venons de mentionner, en parlant du serment, la *justa causa usucapiendi pro transactione.* D'après M. Accarias, on ne saurait sourait soulever aucune difficulté sur le bien fondé de cette juste cause. « J'usucape à ce titre, dit-il, non-seulement la chose non litigieuse que mon adversaire me cède en retour de la prétention que j'abandonne, mais encore la chose litigieuse qu'il consent à me laisser (Précis, I, p. 508, n° 2, 4°). Et la loi 8, au code *De usucapione pro emptore,* s'exprime ainsi : « *Ex causa transactionis habentes justam causam possessionis usucapere possunt.* »

Nous croyons cependant que, en Droit Romain pas plus qu'en Droit Français, la transaction ne constituait nécessairement et par elle-même un juste titre. Elle ne prenait ce caractère que lorsqu'elle créait en faveur de l'une des parties une nouvelle cause de possession, et c'est à des cas semblables que s'applique la disposition de loi précitée.

Digitized by Google

Section III — *De la bonne foi*

34. — Pour l'exercice de la Publicienne, la juste cause ne suffit pas toujours ; il faut encore y ajouter la bonne foi : « *Bonæ fidei emptor esse videtur, qui ignoravit rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.* » La *bona fides*, c'est la croyance que celui qui livrait la chose avait le droit de transférer la propriété (Pellat, *op. cit.*, p. 469,)

Nul doute que la bonne foi ne soit nécessaire pour l'exercice de la Publicienne lorsque le titre constitutif de la *justa causa* a été consenti *a non domino*. Gaïus nous le dit dans son commentaire II, §, 43 : « Nous acquérons par usucapion même les choses qui ne nous ont pas été livrées par le propriétaire, qu'elles soient *mancipi* ou *nec mancipi*, pourvu que nous les ayons reçues de bonne foi. » Et Justinien confirme cette doctrine dans ses *Institutes*, Lib. 2, t. VI, *præc.*

35. — Certains auteurs ont prétendu qu'il n'y avait pas lieu de faire de distinction entre la *justa causa* et la *bona fides*. Une pareille distinction, dit Bonjean (tome 2, p. 243), serait purement théorique et n'amènerait à aucun résultat pratique. Pour se convaincre du contraire, il suffit de bien se rendre compte du rôle que chacune d'elles joue dans nos actions. J'achète de Titius une chose qu'il m'a livrée ; il y a *justa causa*. Il y a *bona fides* si je crois que Titius avait, comme

Digitized by Google

propriétaire ou fondé de pouvoir du propriétaire, droit d'aliéner la chose. Remarquons d'ailleurs que la *justa causa* est exigée pour certains cas de possession où il n'est et ne peut être question de *bona fides* : ainsi la *justa causa*, supposant essentiellement l'intention d'aliéner et d'acquérir, est nécessaire pour acquérir la propriété instantanée d'une chose *nec mancipi tradita a domino;* tandis que ce n'est qu'au cas de possession acquise *a non domino* que les deux conditions de juste cause et de bonne foi doivent concourir. Nous pouvons ajouter que la bonne foi se présume, tandis que la preuve de la *justa causa* doit être fournie par celui qui l'invoque.

36. — La bonne foi, résultant d'une erreur de fait, peut servir de fondement à l'usucapion; mais il n'en est pas de même de l'erreur de droit : *Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest* (Paul, L. 31. pr. D., *De Usurp. et usucap.*). — *In jure erranti non procedit usucapio* (Pomponius, L. 32, § 1, eod. tit.). — Ainsi, par exemple, je m'imagine qu'un titre non translatif de propriété a cette vertu; c'est une erreur de droit, erreur inexcusable, qui ne peut servir de base à l'usucapion.

Et quant à l'erreur de fait elle-même, il faut qu'elle repose sur des motifs plausibles : « *facti ignorantia*, dit Paul, *ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur : quid enim si omnes in civitate sciant quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit scientiam neque curiosissimi*

Digitized by Google

neque negligentissimi nominis accipiendam, verum ejus qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit. » (D. L. 9., *De juris et facti ignor.*).

37. — Nous avons à nous demander maintenant à quelle époque la *bona fides* doit exister.

En règle générale elle n'est exigée qu'au moment de l'entrée en possession : *Mala fides superveniens non impedit usucapionem.* C'est un principe admis. Nous ne chercherons cependant pas à le soutenir au point de vue de l'équité; mais il était fort salutaire pour éviter des difficultés pratiques.

38. — Il existe des exceptions à cette règle. La première apparaît dans le contrat de vente. La bonne foi était alors requise au moment du contrat et au moment de l'entrée en possession.

In emptione autem, dit Paul, *et contractus tempus inspicitur et quo solvitur.* (D. L., 48, *De Usurp.* et *usucap.*); et Ulpien ajoute dans la loi 7, § 16, h. t. : *Ut igitur Publiciona competat, hæc debent concurrere, ut et bona fide quis emerit, et ei res empta eo nomine sit tradita.*

Pourquoi cette sévérité spéciale en matière de vente? Il est difficile de le dire d'une façon certaine. On a voulu en chercher une explication dans l'ancien droit : le transfert de la propriété s'opérait par une formalité que l'on nomme la mancipation; la bonne foi fut jugée nécessaire, a-t-on dit, au moment de la *venumdatio*, parce que c'est à ce moment que la propriété a passé

Digitized by Google

de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur; et on a en outre exigé la bonne foi au moment de la tradition, parce que c'est à ce moment qu'elle doit exister d'après les principes. Cette explication, quoique fort rationnelle, ne repose cependant que sur des probabilités.

39. — La deuxième dérogation au principe que nous avons posé sur la nécessité de la bonne foi au seul moment de l'entrée en possession existe dans la donation. On fait ici échec à la règle : *Mala fides superveniens non impedit usucapionem.* Nous en trouvons la preuve dans la loi 11, § 3, h. t. : « *Interdum tamen, licet furtiva mater distracta non sit, sed donata ignoranti mihi, et apud me conceperit et pepererit, competit mihi in partu Publiciana, ut Julianus ait, si modo eo tempore, quo experiar, furtivam matrem ignorem.* On suppose qu'une esclave volée m'a été remise par donation; elle accouche chez moi : j'aurai la Publicienne pour le part, pourvu qu'au temps où j'agis j'ignore que la mère a été volée. C'est donc que la bonne foi en matière de donation doit persister. Et on voit qu'il en est ainsi à titre exceptionnel, « *licet furtiva mater distracta non sit, sed donata.* »

Cette dérogation en matière de donation est aujourd'hui généralement admise par les interprètes; mais elle a donné lieu à de vives discussions. Certains auteurs, notamment Cujas (*Comment. ad nostr. leg.* § 3 et *Comment. ad leg.* 4 15, *De Usurp. et usuc.*), soutenaient que le texte de la loi 11, § 3, contenait une inexactitude et

Digitized by Google

qu'on devait lire « *eo tempore quo et pariat* » au lieu de « *quo experiar* » ; c'est-à-dire que l'on devait exiger la persistance de la bonne foi non plus jusqu'au temps de l'action, mais seulement jusqu'au temps de l'accouchement. Pothier (*Pandectes,* h. tit., nº 13) confirme cette opinion.

Pellat (*loc. cit.* p. 549) la réfute en ces termes : « Quelque faveur qu'ait rencontrée la correction proposée par Cujas, il paraît difficile de l'admettre. Elle n'a pour elle aucune variante de manuscrit; elle a contre elle l'autorité des Basiliques : *Ean en to` xinein agnoô mêtera clopimaian,* et de la paraphrase grecque de notre texte donnée par Stéphane, et conservée dans une scholie. Si la leçon *quo experiar* était fautive, la faute remonterait donc jusqu'aux compilateurs des *Pandectes;* et Stéphane, qui était un de ces compilateurs, en composant sa paraphrase, l'aurait sans doute reconnue et corrigée. »

La leçon de notre texte, nous le voyons, remonte donc aux sources les plus autorisées, et nous devons l'accepter telle que jusqu'à ce qu'une altération soit prouvée; ce qui n'a pas été encore complétement fait.

40. — En examinant l'époque à laquelle doit exister la bonne foi, Pellat, dans son ouvrage (*loco cit.,* p. 513), soulève une question qui jusqu'alors avait passé inaperçue parmi les commentateurs. Celui qui, dit-il, sachant aujourd'hui que la chose n'appartenait pas à son vendeur,

Digitized by Google

comme il l'avait cru, intente néanmoins valablement l'action Publicienne, et obtient ainsi la restitution de la chose, pourra-t-il continuer l'usucapion qu'il avait commencée?

Si l'on consulte les principes sur la matière, il paraît incontestable que la négative doive être admise. Il est universellement reconnu, en effet, que si celui qui est en voie d'usucaper perd la possession, puis la recouvre, mais à un moment où il n'est plus de bonne foi, il ne pourra plus usucaper, sa nouvelle possession étant vicieuse, et l'ancienne devant être considérée comme non avenue. Les textes sont formels sur ce point : « Si quelqu'un, dit Paul (L. 15, § 2, D., *De Usurp. et usucap.*), qui possédait de bonne foi, ayant perdu la possession avant l'usucapion, a appris que la chose est à autrui et acquiert de nouveau la possession, il n'usucapera pas, parce que le commencement de la seconde possession est vicieux. » — Julien est aussi précis dans la loi 7, § 4, D., *Pro emptore :* « Celui qui a acheté de bonne foi le fonds d'autrui, dit-il, et en a perdu la possession, puis l'a reprise dans un temps où il sait que la chose est à autrui, ne pourra l'acquérir par usucapion, parce que le commencement de la seconde possession n'est pas exempt de vice, « *quia initium* « *secundæ possessionis vitio non carebit.* » Il ne diffère pas de celui qui, au moment de l'achat, pense que le fonds est au vendeur, mais qui, lors de la tradition, sait que ce fonds est à autrui; car, une fois que la possession a été perdue, il

Digitized by Google

faut considérer le commencement de la possession recouvrée « *quum enim semel amissa* « *fuerit possessio, spectari oportet initium rursùs* « *recuperatæ possessionis.* »

Or, s'il en est ainsi à l'égard de l'usucapion, il doit en être de même relativement à l'action Publicienne. Il en résulte donc que si celui qui rentre en possession par ordre du juge dans l'action Publicienne n'est plus de bonne foi, il ne pourra plus arriver à l'usucapion, ni par l'effet de son ancienne possession, qui est interrompue, ni par l'effet de sa nouvelle possession, qui n'a pas commencé de bonne foi.

Cette solution semble étayée sur les principes les plus rigoureux. Pellat cependant ne peut se résigner à l'adopter. « Ce dernier résultat, dit-il, est étrange. Voilà un possesseur que sa mauvaise foi, survenue après la possession commencée, n'aurait pas empêché d'achever l'usucapion, et qu'elle n'empêche non plus d'intenter l'action Publicienne; et pourtant, quand il aura triomphé et sera rentré en possession en vertu d'une sentence qui le considère comme ayant achevé l'usucapion, il ne pourra ni continuer ni recommencer cette usucapion, que le juge a réputée accomplie en sa faveur. » Nous le constatons : la situation est étrange, en effet; mais n'est-ce pas le cas de dire : *Dura lex, sed lex?*

41. — Nous ne nous sommes préoccupé jusqu'à présent que de l'existence de la bonne foi chez la personne qui a acquis une chose pour elle-même; mais il peut arriver aussi que l'on

Digitized by Google

acquière une chose par l'intermédiaire d'un tiers : ainsi on peut acquérir par un esclave; dans ce cas la bonne foi de l'intermédiaire sera toujours nécessaire. La loi 2, *Pro emptore*, D., §§ 10 et 11, nous dit à ce sujet : « Si l'esclave est de mauvaise foi, nul doute possible : sa mauvaise foi nuit au maître; mais, s'il est de bonne foi, la bonne foi ne profite au maître que si le maître est lui-même de bonne foi lorsque commence l'usucapion, c'est-à-dire au moment même de la tradition à l'esclave, en cas d'acquisition *peculiaris causa*, et au moment de la connaissance que le maître a de l'acquisition dans les autres cas. — « *Sed enim si servus meus emit, dolus ejus erit spectandus, non meus, vel contra* (L. 7, § 13, h. t.). »

La bonne foi de l'intermédiaire ne suffit donc pas toujours; il faut encore que le maître ne soit pas de mauvaise foi au moment où doit commencer l'usucapion. Or ce moment peut varier. L'esclave, en effet, peut acquérir de deux façons différentes : ou « *peculiari nomine* » ou « *nomine domini* », par l'ordre du maître. — Si l'esclave achète de bonne foi une chose pour son pécule, et que le maître en même temps sache que la chose achetée par son esclave n'appartient pas au vendeur, l'usucapion ne pourra courir à son profit. Si le maître n'apprend cette particularité qu'en cours d'usucapion, nous appliquerons la maxime : *Mala fides superveniens non impedit usucapionem*. — Si l'esclave achète *nomine domini*, le maître ne commencera à usucaper que

Digitized by Google

lorsqu'il connaîtra l'acquisition; il faudra alors qu'il soit de bonne foi en ce moment.

42. — Nous appliquerons les mêmes principes lorsqu'il s'agira d'une acquisition faite par un fils de famille.

43. — Il peut se faire qu'on succède à une personne en voie de prescrire. On n'a pas besoin de prendre en considération les dispositions personnelles de l'héritier; il en est de même pour tout autre successeur, qui continue la personne du défunt : *succedit enim et in qualitates et in vitia defuncti.* Réciproquement sa bonne foi personnelle est inutile, si elle est en opposition avec la mauvaise foi du défunt. Ainsi l'auteur a commencé à posséder à titre précaire, il était fermier ou dépositaire; les héritiers ne pourront prescrire : *Si defunctus initium justum non habuit, et heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest.*

44. — Si la transmission de la possession a eu lieu par un mode particulier, tel que la vente, chacun des acheteurs successifs jouit d'une possession particulière. La qualité de la possession n'est plus uniquement subordonnée à la bonne ou à la mauvaise foi du premier possesseur, mais bien à celle du dernier. On ne continue pas la personne de l'auteur, chacun commence une possession nouvelle. On voit autant de situations distinctes que d'opérations ayant eu pour but de transférer successivement à plusieurs personnes la propriété d'un immeuble, autant de possesseurs différents dont les droits ne se confondront

Digitized by Google

pas et qui ne pourront invoquer l'usucapion que s'ils étaient de bonne foi au jour de l'acquisition. Si la possession du premier acheteur est juste, et si celle du second l'est aussi, la loi permet de joindre sa possession à celle de son auteur : « *Diutina possessio, quæ prodesse cœperat defuncto, et heredi et bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prœdium alienum. Quod si ille initium justum non habuit, heredi et bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest.* » (Institut. Just., Liv. 2, t. 6, §§ 12 et 13.)

Section IV

Il faut, en règle générale, pour que l'action Publicienne ait lieu, que la chose soit susceptible d'être usucapée.

45. — La Publicienne étant fondée sur l'usucapion, nous devons, pour l'examen de cette question, nous en référer aux principes de l'usucapion. La loi dans la Publicienne suppose une usucapion commencée, *res nondum usucapta.* Or il est des cas où toute usucapion est impossible.

46. — Ainsi Ulpien nous dit dans la loi 9, § 5, h. t. : « *Hæc actio, in his quæ usucapi non possunt, puta furtivis, vel servo fugitivo locum non habet.* » Pas d'usucapion possible lorsqu'il s'agit de choses volées, qu'elles soient *mancipi* ou *nec mancipi.* Il en est de même des *res vi possessæ.* La loi ne veut pas que l'on puisse prescrire de semblables choses, et cela pour des raisons d'ordre public et de morale.

Digitized by Google

47. — L'esclave fugitif était considéré comme *res furtiva*. Il s'était volé lui-même à son maître, « *furtum sui faciens* » ; pour ce motif, il ne pouvait être usucapé... *Servum fugitivum sui furtum facere, et ideo non habere locum nec usucapionem nec longi temporis præscriptionem, manifestum est : ne servorum fuga dominis suis ex quacumque causa fiat damnosa.* » (L. I, *De Servis fug.*, C.).

48. — Le vice du *furtum* s'étend même, si l'esclave est une femme, à l'enfant de cette femme. «*Partus ancillæ furtivæ,* dit Ulpien (L. 11, § 2, h. t.), *qui apud bonæ fidei emptorem conceptus est, per hanc actionem petendus est, etiamsi ab eo qui emit possessus non est. Sed heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.* » Ainsi donc la mère esclave qui s'enfuit est *res furtiva ;* elle s'est volée elle-même à son maître. Si, en s'enfuyant, elle était déjà enceinte, nul doute que l'acheteur même de bonne foi ne pourra usucaper *partus ancillæ;* l'enfant est devenu lui-même *res furtiva*. Si l'esclave fugitive devient enceinte chez un possesseur de mauvaise foi, l'enfant sera considéré encore comme *res furtiva ;* mais, s'il a été conçu chez un possesseur de bonne foi, quoique la mère ne puisse être usucapée comme *res furtiva,* l'enfant pourra l'être, et par conséquent le maître aura la Publicienne. Si l'enfant de l'esclave a été conçu chez l'héritier du voleur, qui ignorait que l'esclave était *res furtiva,* cet enfant pourra sans nul doute être usucapé par un acheteur de bonne

Digitized by Google

foi, mais non par l'héritier lui-même, *heres furis hanc actionem non habet, quia vitiorum defuncti successor est.*

Ces principes sont clairement développés dans la loi 48, §§ 5 et 6, *De Furtis,* D. : « *Ancilla si subripiatur prægnans, vel apud furem concepit, partus furtivus est, sive apud furem edatur, sive apud bonæ fidei possessorem.... sed si concepit apud bonæ fidei possessorem, ibique pepererit, eveniet ut partus furtivus non sit, verum etiam usucapi possit.* » (Voir également à ce sujet la loi 11, § 4, h. t.)

49.—Après avoir exposé les principes régissant le part de l'esclave, la loi 48 passe tout naturellement aux animaux : *idem,* nous dit-on ; il en est de même pour eux. C'est qu'en effet, esclaves et animaux étaient des *res* pour le maître et pas autre chose. « *Idem et in pecudibus servandum est, et in fetu earum, quod in partu. Ex furtivis equis nati statim ad bonæ fidei emptorem pertinebunt; merito quia in fructu numerantur; at partus ancillæ non numerantur in fructu.* » Après avoir fait cette assimilation entre les petits des animaux et les enfants des esclaves, Ulpien s'empresse de nous signaler une différence. Le croît des animaux appartiendra *statim,* aussitôt, dès sa naissance, au possesseur de bonne foi ; le part de l'esclave volée au contraire n'appartiendra au possesseur de bonne foi qu'après avoir accompli les délais de l'usucapion. — La raison de cette différence se trouve dans la façon même d'envisager le croît des animaux et le part de l'esclave.

Digitized by Google

L'un, nous dit Ulpien, est un fruit; or le possesseur de bonne foi fait les fruits siens dès le moment de leur séparation de la chose qui les a produits. L'autre, au contraire, n'est pas un fruit; car la destination d'une esclave n'est pas de produire des enfants, le but est tout autre. Tel est le motif de la différence signalée dans la loi 48. Justinien nous dit encore à ce sujet (Instit., L. II, t. I, § 37) : « *In pecudum fructu etiam fetus est, sicut lac, pili et lana. Itaque agni, hœdi, et vituli, et equuli, et suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt; partus vero ancillæ in fructu non est; itaque ad dominum proprietatis pertinet : absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.* »

50. — D'après ce que nous venons de voir dans la loi 48, l'opinion d'Ulpien est que, pour que le possesseur de bonne foi puisse acquérir le croît des animaux, il faut qu'il ait été conçu chez ce possesseur de bonne foi, comme pour le part de l'esclave; sinon il est considéré comme *res furtiva.*

Paul, au contraire, ne s'occupe que du moment de la séparation pour savoir à qui doit appartenir le part et le croît. Il nous dit, en effet, à la loi 48, *De Adquir. rer. domin.*, § 2, D. : « *Ovium fetus in fructu sunt, et ideò ad bonæ fidei emptorem pertinent, etiamsi prœgnantes venierunt, vel subreptæ sint. Et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest. Idemque in lana juris est.* »

Digitized by Google

Et il ajoute (L. 4, § 19, D., *De Usurp. et usucap.*) : « *Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest : si vero apud bonæ fidei emptorem, contrà, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emptoris fit. Idem in agnis dicendum, si consumpti sunt ; quod verum est.* » — Le raisonnement de Paul nous semble des plus justes : puisqu'il en est ainsi pour la laine, le lait ou les autres fruits, pourquoi donnerait-on une solution différente pour le croît, qui est toujours considéré comme un véritable fruit ?

Il est indiscutable qu'il règne une divergence d'opinion entre Paul et Ulpien. Aucun texte ne tranchant la difficulté, il nous paraît plus sage de nous rallier à l'opinion de Paul, qui est plus conforme aux principes.

51. — La prohibition d'usucapion pour les *res furtivæ* s'applique également à leurs accessoires. La loi 11, h. t., §§ 6 à 10, ne peut laisser aucun doute à ce sujet.

52. — 2° Ne peuvent encore être usucapées, et par suite ne donnent point droit à la Publicienne : les choses qui ne sont pas dans le commerce, les hommes libres, les choses sacrées ou religieuses, les biens du domaine public : « *Item liberos homines et res sacras et religiosas usucapi non posse manifestum est.* »

53.— Quant aux choses incorporelles, comme l'usufruit et les servitudes urbaines et rurales, dans la rigueur des principes, comme elles ne sont pas susceptibles de possession, on ne de-

Digitized by Google

vrait pas leur appliquer la Publicienne; mais nous avons déjà vu au chapitre I qu'il était fait exception à cette règle en faveur du concessionnaire du fonds vectigal et du concessionnaire de la maison superficiaire, qui tous deux peuvent intenter la Publicienne.

54.—3o La Publicienne ne pouvait s'appliquer non plus à certains biens dont l'aliénation était prohibée par une disposition de la loi : « *Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem prætor tuetur, ne contra leges faciat.* » Ainsi une aliénation prohibée par la loi était, par exemple, celle du fonds dotal. Si le mari, malgré la défense faite par la loi Julia, aliène le fonds dotal sans le consentement de sa femme, l'acheteur ne pourra usucaper la chose aliénée; par suite, pas de Publicienne : « *Nam dotale prædium*, dit Gaïus, *maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur alienare, quamvis ipsius sit, vel mancipatum et dotis causa, vel in jure cessum, vel usucaptum* (II, § 63).

55. — Nous donnerons pour les mêmes motifs la même solution lorsqu'un citoyen coupable de lèse-majesté ou de concussion vend une partie de ses biens malgré la défense impériale, cas prévu par la loi 20, *De Accusationibus*, D., où l'on trouve mentionné un rescrit de Sévère et d'Antonin ayant trait à cette prohibition : « *Si quis aliquod ex his causis crimen contraxit, nihil ex suis bonis alienare potest.* »

Digitized by Google

CHAPITRE III.

CONTRE QUI PEUT SE DONNER LA PUBLICIENNE.

56. — L'action Publicienne se donne contre tout possesseur ; elle peut même se donner contre le propriétaire, la loi 17, h. t., nous le prouve. Mais, ainsi qu'on nous le dit, elle n'a pas été introduite pour enlever au propriétaire sa chose, mais pour que celui qui a acheté de bonne foi une chose et qui en a acquis la possession pour cette cause, l'ait de préférence : « *Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur, ejusque rei argumentum est primo œquitas, deinde exceptio : si eas res possessoris non sit, sed ut is qui bona fide emit, possessionem ejus ex ea causa nanctus est, potius res habeat.* »

57. — Si l'action intentée contre le propriétaire est injuste, il se fera donner une exception *justi dominii : « si ea res possessoris non sit ex jure Quiritium.* » Mais à cette exception le demandeur, à son tour, pourra opposer une réplique : par exemple, *replicatio rei venditæ et traditæ*, ou *rei donatæ et traditæ.* — Le motif, pour lequel le *dominus* ne peut se défendre sans le secours d'une exception contre la Publicienne, tandis qu'il le peut dans la revendication, vient de ce que en droit Romain, on peut se défendre devant le juge, sans avoir besoin de demander au préteur une exception, chaque fois que la défense contredit directement l'*intentio* du demandeur lorsqu'elle consiste à nier ce que celui-ci affirme.

Digitized by Google

Le juge a pour mission absolue de se renfermer dans l'*intentio*. Or, lorsqu'on est attaqué par la Publicienne et qu'on invoque un droit de propriété, on ne contredit pas ainsi directement la demande : « *Si anno possedisset, tum si rem petitoris ex jure Quiritium oporteret.* » Il faudra donc obtenir du préteur qu'il ajoute à la formule l'exception *justi dominii;* il y aura à examiner si la chose n'est pas actuellement au défendeur.

Ainsi, supposons d'abord qu'il s'agisse d'une *res mancipi* livrée par simple tradition. Si le possesseur vient à perdre sa possession, il aura, d'après les principes que nous connaissons, la Publicienne qui lui servira à la recouvrer. A cette action Publicienne le maître opposera l'exception *justi dominii,* mais on lui répondra par la réplique *rei venditæ et traditæ.*

Si la chose a été vendue et livrée *a non domino,* et qu'elle retourne entre les mains du propriétaire, l'exception *justi dominii* qu'il mettra en avant sera difficilement combattue; elle devra cependant l'être dans bien des cas. Parcourons rapidement quelques espèces.

58. — *A.* — Par exemple, nous voyons que l'*exceptio justi dominii* sera écartée par une *replicatio* dans l'hypothèse prévue par Africain dans la loi 28, D., *De Noxalibus Actionibus,* qui peut ainsi se résumer : Je possède un esclave de bonne foi; il a commis un crime contre vous, vous intentez l'action noxale. Je vous fais alors l'abandon de l'esclave. Quand même vous seriez

Digitized by Google

de mauvaise foi, vous pouvez alors usucaper l'esclave, et par suite vous aurez la Publicienne. Si vous en perdez la possession, si c'est contre le propriétaire que vous agissez par la Publicienne, vous pourrez répondre à l'*exceptio justi dominii* qu'il vous opposera par la réplique *doli mali*. Il n'est pas juste que l'on supporte un préjudice par la faute de l'esclave qui vous appartient. Il résulte du texte ci-dessus mentionné qu'une personne a pu usucaper une chose, quoiqu'elle n'ignorât pas que cette chose appartenait à autrui, « *quamvis sciens alienam possideam.* » Cette conséquence est raisonnable, car il fallait que le possesseur de bonne foi, qui était réputé avoir l'esclave *in sua potestate*, pût faire un abandon utile au demandeur ou qu'il fût condamné à payer la réparation du délit sans possibilité d'abandon. Or ne pas accorder cette faculté d'abandon au possesseur de bonne foi eût été le mettre dans la même position que le propriétaire qui a nié avoir l'esclave en sa puissance, et contre lequel, à cause de ce dol, une condamnation pure et simple devait être requise. Il a donc fallu admettre que le possesseur de bonne foi a transféré une possession utile qui permette à celui qui a souffert du délit d'usucaper l'esclave qui en était l'auteur et dont il a été fait abandon, ou d'intenter la Publicienne dans le cas où il en perdrait la possession.

59. — *B.* — L'exception *dominii* est encore écartée par une réplique dans l'espèce prévue par Julien, L. 24, D., *De exceptione rei judica-*

Digitized by Google

tæ : « Si quis rem a non domino emerit, mox petente domino absolutus sit, deinde possessionem amiserit, et a domino petierit, adversus exceptionem : si non ejus sit res, replicatione hac adjuvabitur : at si res judicata non sit. » On suppose que la question de propriété a déjà été discutée ; le propriétaire a été repoussé dans sa *rei vindicatio*, et à la Publicienne intentée contre lui il veut encore opposer l'exception *justi dominii*. Mais on a le droit de lui répondre par la *replicatio rei judicatæ, si d'ailleurs il n'y a pas eu chose jugée.*

60. — *C.*— Dans la loi 4, § 32, D., *De doli mali et metus exceptione*, Ulpien suppose le cas suivant : Si vous avez acheté de Titius un fonds qui était à Sempronius, et qu'il vous ait été livré après le paiement du prix, qu'ensuite Titius soit devenu héritier de Sempronius et ait vendu et livré le même fonds à Mévius, Julien dit qu'il est plus équitable que le préteur vous protège. parce que si Titius lui-même demandait ce fonds contre vous, il serait écarté par une exception conçue en fait ou par une exception de dol, et que, s'il possédait lui-même le fonds et que vous le demandassiez par l'action Publicienne, contre l'exception (si le fonds n'est pas à lui, *si non suus esset*), qu'il vous opposerait, vous useriez d'une réplique, et par là il serait entendu qu'il a vendu une seconde fois un fonds qu'il n'avait pas dans ses biens. Il y a conflit entre deux personnes, dont l'une a l'action civile, l'autre l'action réelle prétorienne ; qui doit l'empor-

Digitized by Google

ter? Nous disons que, dans cette hypothèse encore, à l'*exceptio justi dominii* on opposera avec succès la réplique *rei venditæ et traditæ* : « *At si non eam rem Titius petitori vendiderit et tradiderit.* » Ici encore l'équité commandait cette solution. (Ulpianus, D., *De rei vind.* 72; L. 2, D., *De excep. rei vend. et trad.*)

61. — *D.* — La loi 63, *De rei vindicatione*, prévoit l'hypothèse suivante : « *Si culpa non fraude quis possessionem amiserit, quoniam pati debet æstimationem, audiendus erit a judice, si desideret ut adversarius actione sua cedat. Quum tamen prœtor auxilium quandoque laturus sit, quolibet alio possidente, nulla captione afficietur. Ipso quoque, qui litis œstimationem perceperit, possidente, debet adjuvari nec facile audiendus erit ille, si velit postea pecuniam, quam ex sententia judicis periculo judicati recepit, restituere.* » — On suppose un possesseur de bonne foi qui a perdu, non par faute mais par fraude, depuis la *litis contestatio,* la chose objet du litige : *debet œstimationem*, il en devra l'estimation, mais en revanche il pourra obtenir que l'adversaire lui cède son action. S'il a omis d'exiger cette cession, en vertu de laquelle il aurait pu exercer l'action *in rem civilis,* le préteur venant à son secours lui accorde la Publicienne; car il a une juste cause de possession dans le paiement de la valeur, et il pourra intenter cette action même contre le véritable propriétaire, qui aurait recouvré la possession de sa chose. En vain celui-ci voudrait-il opposer l'*exceptio justi do-*

Digitized by Google

minii, on lui répondra par la réplique *doli mali.* Il ne serait pas juste, en effet, que le propriétaire retienne à la fois et la chose et le prix.

Si, au lieu d'avoir perdu la possession par simple faute, le possesseur l'a perdue par dol, il serait condamné à la somme que le demandeur fixerait lui-même par le serment *in litem,* et il n'obtiendrait ni la cession de la revendication du demandeur, ni l'action Publicienne. Paul nous dit, en effet (D., *De rei vind.*, L., 69) : «Celui qui s'est privé de la possession par son dol est encore puni en ceci, que le demandeur ne doit pas lui donner caution de lui céder les actions qu'il a à raison de cette chose : « *Nec quasi Publicianam quidem actionem ei dandam placuit, ne in potestate cujusque sit per rapinam ad invito domino rem justo pretio comparare.* » (Pomponius, L. 70, *eod.*)

62. — *E.* — Ulpien, dans la loi 14, h. t., nous fournit l'exemple suivant : « *Si quis prohibuit, vel denuntiavit, ex causa venditionis tradi rem, quæ ipsius voluntate a procuratore fuerat distracta, et is nihilominus tradiderit, emptionem tuebitur prætor, sive possideat, sive petat rem. Sed quod judicio empti procurator emptori præstiterit, contrario judicio mandati consequetur; potest enim fieri, ut emptori res auferatur ab eo qui venire mandavit, quia per ignorantiam non est usus exceptione, quam debuit opponere, veluti : si non auctor meus ex voluntate tua vendidit.* » Sempronius donne mandat à Titius de vendre sa chose : celui-ci exécute son mandat;

Digitized by Google

il vend, et touche le prix. Mais avant qu'il livre la chose, Sempronius lui fait défense d'effectuer la livraison : qu'arrivera-t-il si le mandataire, malgré cette prohibition, livre la chose pour satisfaire à l'obligation qu'il a contractée? L'acheteur n'aura pas la propriété de cette chose, puisqu'il l'a eue contre la volonté du propriétaire; mais il se trouvera dans les conditions voulues pour usucaper. Aussi, s'il vient à perdre la possession de sa chose, il pourra intenter contre Sempronius l'action Publicienne, et à l'*exceptio justi dominii* que pourra mettre en avant ce dernier, il répondra victorieusement par cette réplique : « *Si non auctor petitoris ex voluntate possessoris vendidit.* »

63. — *F.* — Dans la loi 57, D., *Mandati,* nous trouvons une espèce connue, empruntée à Papinien, et ainsi conçue : « *Mandatum distrahendorum servorum, defuncto qui mandatum suscepit, intercidisse constitit; quoniam tamen heredes ejus errore lapsi, non animo furandi, sed exsequendi quod defunctus suæ curæ fecerat, servos vendiderant, eos ab emptoribus usucaptos videri placuit; sed venaliciarium ex provincia reversum Publiciana actione non inutiliter acturum, quum exceptio justi dominii causa cognita detur, neque oporteat eum qui certi hominis fidem elegit, ob errorem aut imperitiam heredum adfici damno.* »

Un marchand d'esclaves, avant d'entreprendre un voyage dans la province, donne mandat à Titius de vendre ses esclaves. Titius meurt;

Digitized by Google

ses héritiers, ignorant que le mandat prend fin à la mort du mandataire, vendent ses esclaves à de mauvaises conditions. Le marchand aura la Publicienne contre ses acheteurs. Mais ne pourra-t-on lui opposer l'exception *justi dominii?* Non, car l'exception *justi dominii* n'est donnée que *causa cognita*. Or ici l'équité veut que le demandeur, qui avait choisi un bon mandataire, n'ait pas à souffrir de la faute ou de l'ignorance des héritiers. C'est donc avec raison que dans ce cas l'*exceptio justi dominii* ne pourra triompher.

64. — *G.* — La loi 18, § 15, *De damno infecto*, prévoit l'hypothèse suivante : Ma maison menace ruine ; Titius, mon voisin, me réclame la caution *damni infecti*; je refuse. Le préteur enverra par un premier décret Titius en possession, *custodiæ causa;* si, là-dessus, je m'obstine dans mon refus, le préteur, par un second décret, lui accordera la possession de ma maison : il pourra posséder *animo domini*. Si Titius vient à perdre la possession, il aura la Publicienne même contre moi, propriétaire. En vain, voudrais-je opposer l'*exceptio justi dominii;* la réplique *doli mali* se dresserait contre moi et donnerait raison à Titius.

65. — Nous venons de voir quels sont les effets de la Publicienne contre le propriétaire; il nous reste à examiner le cas de deux possesseurs qui prétendent tous deux à la propriété.

La loi 9, § 3, s'occupe de cette espèce : « *Si duobus quis separatim vendiderit bona fide emen-*

Digitized by Google

tibus, videamus, quis magis Publiciana uti possit: utrum is cui priori res tradita est, an is qui tantum emit. Et Julianus libro septimo Digestorum scripsit: Ut, si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis quam petentis. Quæ sententia vera est? » Si quelqu'un, dit Ulpien, a vendu séparément à deux personnes achetant de bonne foi, voyons qui peut user de préférence de la Publicienne : est-ce celui à qui la chose a été livrée le premier, ou celui qui a seulement acheté le premier? Julien a écrit que, si tous les deux ont acheté du même vendeur non propriétaire, celui à qui la chose aura été livrée en premier lieu sera préférable; mais que s'ils ont acheté de différents vendeurs non propriétaires, celui qui possède sera dans une meilleure position que celui qui demande.

La solution donnée par Ulpien, se basant sur celle de Julien, est bien simple :

Si les deux ont acheté la chose du même vendeur non propriétaire, la préférence est accordée à celui qui a été mis en possession le premier; car l'autre, n'a pu valablement recevoir de l'auteur commun une possession que le premier *accipiens* était capable d'enlever à celui-ci : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet*. Sur cette solution, pas de difficulté, les jurisconsultes sont d'accord.

Mais si la tradition a été faite à deux acheteurs différents, tous deux de bonne foi, par deux vendeurs non propriétaires, à qui accorder la pré-

Digitized by Google

férence? Une grande discussion règne sur ce point entre les deux Ecoles rivales, les Sabiniens et les Proculéiens.

Julien, approuvé par Ulpien, d'un côté, — représentant les Sabiniens, donne la préférence au possesseur actuel; — nous l'avons vu. — Mais le Proculéien Nératius admet une théorie différente, et donne dans le deuxième cas la même solution que dans le premier. Il nous dit en effet dans la loi 31, § 2., D., *Empt. et vend.* : « *Uterque nostrum eamdem rem emit a non domino, quum emptio venditioque sine dolo malo fieret, traditaque est. Sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior ejus apprehendit, hoc est cui primum tradita est. Si alter ex nobis a domino emisset, is omni modo tuendus est.* »

Il y avait divergence entre les deux écoles, cela est certain, malgré les efforts de conciliation tentés par quelques interprètes généreux. Quelle était l'opinion adoptée? Il est probable que c'était celle de Julien : « *Quæ sententia vera est?* » nous dit Ulpien. En tout cas cette doctrine nous semble plus équitable. Quelle raison y aurait-il de préférer le premier acheteur au second? N'est-il pas plus rationnel de donner la préférence à celui qui est actuellement en possession? N'est-ce pas ainsi éviter des difficultés souvent inextricables? Nous n'hésitons pas par conséquent à dire : *Melior est causa possidentis.*

Si, au contraire, c'est un propriétaire bonitaire qui se trouve en lutte avec un simple pos-

Digitized by Google

sesseur de bonne foi, le premier l'emportera toujours. « En effet, nous dit M. Ribéreau, dans son ouvrage sur l'*in bonis habere,* que ce possesseur soit postérieur en date ou qu'il ait pour lui l'antériorité du titre, dans les deux cas quelle défense sérieuse peut-il opposer à l'attaque de la personne dont le droit prévaut sur celui du propriétaire lui-même? »

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

DE L'ACTION RÉELLE FONDÉE SUR LA RESCISION DE L'USUCAPION.

—

66. — Nous avons examiné dans les chapitres précédents l'action Publicienne proprement dite, action réelle prétorienne, donnée à l'exemple de la *rei vindicatio* et reposant sur cette fiction fort remarquable qu'une usucapion commencée a été accomplie. Il nous reste à nous demander si l'Édit Publicien ne contenait pas une seconde disposition, une fiction inverse de la précédente, ayant pour but de considérer comme non accomplie une usucapion qui l'a été.

Jusqu'à ces derniers temps, il était généralement admis par les interprètes qu'il existait à côté de la Publicienne ordinaire une Publicienne rescisoire, qui en était, pour ainsi dire, la contre-partie. Cette opinion, quoique un peu abandonnée, a encore aujourd'hui ses défenseurs.

Pour la soutenir, on s'appuie d'abord sur le § 5, *de Actionibus*, aux Institutes, et on tient le raisonnement suivant : Dans le § IV il est question de la Publicienne, de la fiction par laquelle on suppose achevée une usucapion commencée; or dans le § V, immédiatement après, on a soin de dire que l'hypothèse qui y est prévue est l'antithèse de la précédente : *rursus ex diverso*, est-

Digitized by Google

il dit, en sens inverse (de l'action Publicienne). Si quelqu'un étant absent pour la république, ou en captivité chez l'ennemi, a usucapé le bien d'une personne qui se trouve dans la cité, il est permis à celui-ci, dans l'année du retour *(intra annum)* de celui qui a usucapé, de revendiquer la chose, en faisant rescinder l'usucapion, c'est-à-dire en disant que le possesseur n'a pas usucapé et que par conséquent la chose est restée sienne.

Un résultat analogue aura lieu dans cette autre hypothèse du même genre : il peut se faire que, pendant l'absence du propriétaire, qui se trouve éloigné pour un motif légitime *(reipublicæ causa, servitute, metu,* etc.), on usucape une chose qui lui appartient. Le préteur, prenant en considération la condition particulière du propriétaire, qui était dans l'impossibilité de défendre ses droits, fera rescinder cette usucapion, au moyen de l'action réelle fictive qu'il lui donnera.

Remarquons que cette dernière hypothèse est bien plus pratique que celle qui est prévue au § V, puisque celle qui nous est signalée dans les Institutes est devenue inutile sous Justinien, qui donna au propriétaire le moyen d'interrompre l'usucapion contre le possesseur absent, soit par comparution, soit à l'aide d'une réclamation adressée au président de la province, à l'évêque, etc.

Quoi qu'il en soit sur ce point, il y a bien là, dit-on, une action rescisoire dont la fiction, on avait raison de le faire remarquer, est bien l'in-

Digitized by Google

verse de celle sur laquelle se fonde la Publicienne. Ce ne peut être, par conséquent, qu'une contre-Publicienne, une Publicienne rescisoire.

On invoque ensuite la loi 57 *Mandati*, que nous avons déjà eu l'occasion de signaler dans le chapitre précédent. Nous n'avons pas oublié l'espèce qui y est prévue : il s'agit d'un marchand d'esclaves, qui, partant en voyage, donne mandat à un homme de confiance de vendre des esclaves. Pendant son voyage, le procureur décède, et les héritiers de ce procureur s'imaginent qu'ils doivent exécuter le mandat donné à leur auteur, et vendent les esclaves. Les acheteurs possèdent les esclaves plus d'un an. Le marchand, de retour de son voyage, veut intenter l'action Publicienne contre les acheteurs, mais il craint que ceux-ci n'invoquent l'usucapion et ne le repoussent par l'exception *justi dominii*. Que faire alors? — Papinien consulté répond que l'action Publicienne sera valablement intentée. Or, dit-on, comme il s'agit d'une usucapion déjà accomplie, il n'y a pas lieu à la Publicienne ordinaire; l'action accordée à l'absent de retour sera la Publicienne rescisoire. soit que l'on suppose qu'il ne s'est pas écoulé un an de possession à son profit, et qu'il n'a pu dès-lors acquérir encore le *dominium* sur les esclaves livrés, soit que l'on admette que sa possession de bonne foi se soit déjà convertie en propriété par l'usucapion, car le propriétaire dont la chose a été usucapée dans ces conditions a deux actions à sa disposition : ou la revendication ou la Publi-

Digitized by Google

cienne rescisoire. Cette dernière action doit lui être donnée, s'il y trouve un avantage, quoiqu'elle n'ait pas spécialement été créée pour lui.

On s'appuie enfin sur la loi 35 pr. D. *de Obligationibus et actionibus :* « Cassius dit que, pour les actions prétoriennes, il faut poser cette règle : que celles qui tendent à la poursuite de la chose seront données même après l'année, et les autres seulement dans l'année... Ont pour objet la poursuite de la chose, celles par lesquelles nous poursuivons ce qui manque dans notre patrimoine, comme... la Publicienne, qui est donnée à l'exemple de la revendication. Mais quand elle est donnée en rescindant l'usucapion, elle est limitée à l'année, parce qu'elle est donnée contre le droit civil. »

Il ressort bien clairement de ce texte, dit-on, que la Publicienne a une double fonction : d'un côté, elle vient au secours de celui qui est *in causa usucapiendi*, en réputant accomplie une usucapion qui ne l'est pas; d'un autre, elle tient pour non avenue une usucapion qui a été achevée.

Quoique cette opinion paraisse assez séduisante, nous ne la croyons pas justifiée.

Notons d'abord, comme observation générale, qu'aucun des textes recueillis au Digeste dans le titre qui fait l'objet de notre étude ne fait mention de cette seconde espèce d'action Publicienne, de cette prétendue Publicienne rescisoire. Ce ne peut être une omission involontaire, elle serait trop inexplicable; on peut bien pas-

Digitized by Google

ser par oubli quelques points de détails, mais non des principes entiers de cette importance.

On cite le § 5 des *Institutes*. Mais, en dehors des critiques que l'on peut élever contre lui, soit au point de vue de l'hypothèse, inapplicable sous Justinien, qui y est mentionnée, ou de l'erreur que l'on commet en ne parlant que d'une année utile, pour exercer l'action, alors que le délai avait été porté à quatre années ce qui nous prouve que ce paragraphe a été reproduit assez légèrement par les rédacteurs des *Institutes*, nous remarquons que le texte cité se garde bien de donner à l'action rescisoire dont il est question, la qualification de Publicienne; on ne saurait donc la lui donner d'office.

Il est d'ailleurs facile de fournir l'explication de ce texte, aussi bien que de la loi *Mandati* et de la loi 35 précitée *de Obligationibus* : si on y parle de Publicienne, on n'entend se référer qu'à la Publicienne proprement dite, rendue à la suite d'une *integrum restitutio*. En effet, celui dont la chose a été usucapée ne peut pas obtenir directement la *rei vindicatio* ou la Publicienne, car, par cela seul qu'une personne a eu une fois ces actions, elle ne les garde pas continuellement, alors même que la chose serait passée successivement en plusieurs mains. Si donc on intentait la Publicienne ordinaire, sans modification de la formule, on succomberait nécessairement, parce que l'*intentio* ne serait pas confirmée. Il faut qu'il y ait une modification dans la formule, et elle consistera dans la resci-

Digitized by Google

sion de l'usucapion, *rescissa usùcapione*. Il y aura au profit de l'absent qui veut agir une *restitutio* préalable, et l'action réelle rescisoire, dont parle Justinien, qui, comme la Publicienne, est une *actio in rem fictitia prœtoria,* n'est autre qu'une de ces nombreuses actions rescisoires que l'on donne parfois à la suite des restitutions *in integrum*. Cette manière de voir se trouve encore confirmée par le § 5 précité, *in fine* : «... Pour une raison d'équité semblable, dit-on, le préteur accorde une action de ce genre à quelques autres personnes, ainsi qu'on peut le voir avec développement dans le Digeste ou Pandectes. » Or quelles sont ces personnes? Celles, sans contredit, au profit desquelles l'*in integrum restitutio* a été accordée pour triompher, soit contre une usucapion, soit contre une aliénation volontaire.

Et la fiction qui sert de base à l'action rescisoire, dans le cas où il y a eu usucapion, est précisément l'inverse de la fiction sur laquelle repose la Publicienne. Disons, par conséquent, que l'action rescisoire qui suit la restitution *in integrum* n'est autre que celle que la personne restituée avait perdue; elle s'en distinguera seulement par son caractère factice.

Nous voyons là en même temps l'explication de la dénomination de Publicienne rescisoire, que nous trouvons dans les textes précités et dans une scholie du passage des Basiliques correspondant à la loi 57, *Mandati* : « Il ne s'agit pas d'une seconde sorte de Publicienne spéciale, d'une qualification particulière de l'action resci-

Digitized by Google

soire, mais bien de l'application de la véritable Publicienne. »

67. — M. Cuq, dans son étude sur l'Edit Publicien, après avoir examiné et combattu l'opinion qui accorde à l'Edit Publicien une seconde disposition relative à une Publicienne rescisoire, se pose les questions suivantes : « Le rapprochement fait par les Institutes entre la Publicienne et l'action réelle rescisoire est-il purement fortuit? N'aurait-il pas sa cause et sa raison d'être dans ce fait que l'action réelle rescisoire dériverait, sinon immédiatement, au moins médiatement, de l'Edit Publicien? Si l'on pouvait établir l'existence d'un intermédiaire entre ces deux actions, si l'on pouvait montrer qu'il était contenu dans l'édit, n'aurait-on pas l'explication toute naturelle d'une question qui a donné lieu à tant de difficultés? » A son avis, la solution de ces questions se trouve dans le § 3, *de act. instit.*, IV, 6, où Justinien annonce qu'il va donner des exemples d'actions réelles établies par le droit prétorien. Ce texte est ainsi conçu : « *Ecce plerumque ita permittit in rem agere, ut vel actor diceret se quasi usucepisse, quod usu non ceperit, vel ex diverso possessor* (ou *possessorem) diceret adversarium suum usu non cepisse quod usuceperit.* »

Mais ici une première difficulté s'élève d'abord sur le point de savoir quelle est la teneur du texte. Faut-il lire *possessor* ou *possessorem?* L'intérêt pratique de la question est des plus grands, car, selon que l'on adopte l'une ou l'autre ver-

Digitized by Google

sion, le sens de la phrase peut changer. Un grand nombre d'auteurs contemporains mettent sans hésitation aucune la leçon *possessorem*, soit que ce point de vue leur paraisse incontestable, soit qu'ils n'aient pas soupçonné la difficulté qui existait. D'autres, tels que MM. Ducaurroy et Accarias, préfèrent la leçon *possessorem*, non pas qu'elle leur semble indiscutable, mais ils sont arrêtés par l'embarras où ils se trouvent d'expliquer le texte avec la leçon *possessor*. « Il est vrai, dit ce dernier auteur, que le mot *possessorem* fait ainsi double emploi avec le mot *adversarium* et s'en trouve assez bizarrement séparé par le mot *diceret*. Mais ce ne sont que des négligences, non des incorrections. Pour ceux qui lisent *possessor*, le texte est plus embarrassant. »

M. Cuq, au contraire, suivant les traces de M. Giraud, avant de se laisser arrêter par une difficulté d'explication, se livre à un examen approfondi des manuscrits, afin de rechercher quelle est la véritable teneur du texte discuté; il nous enseigne quel est l'usage que l'on doit faire des manuscrits anciens, de quelle façon on doit les consulter et les corroborer avec les ouvrages anciens. « En l'absence de manuscrit type, dit-il, on peut cependant reconstituer dans sa pureté le texte primitif des Institutes, en collationnant les divers manuscrits qui, à raison des caractères externes ou internes qui les distinguent, paraissent se rattacher à des familles différentes, ou bien encore, en examinant les ouvrages composés par d'anciens auteurs qui ont eu en mains

Digitized by Google

les meilleurs manuscrits..... Les éditions anciennes peuvent aussi fournir d'utiles renseignements... » Et faisant application de la méthode qu'il vient d'indiquer, le savant auteur nous démontre que la leçon *possessor* est celle qui réunit les plus sérieuses conditions d'authenticité. Elle fut d'abord pendant longtemps la seule admise; la variante *possessorem* n'apparaît qu'assez tard, et pour la première fois dans deux ouvrages publiés presque en même temps : dans l'édition de Ferret (Lyon 1543) et dans le commentaire de Baudouin (Paris, 1 vol. in-f°, 1545). En 1583, Cujas examinant la question, trouve la correction *possessorem* toute naturelle et l'adopte. Or c'est sur l'autorité de Cujas que la plupart des auteurs modernes ont suivi la leçon *possessorem*, sans s'en inquiéter différemment. Mais dans son *Novum Enchiridion juris Romani*, M. Giraud a rejeté la correction fâcheuse et a rétabli le texte dans sa teneur primitive. Nous ne pouvons qu'adopter la version qu'il nous donne, puisqu'elle repose sur les documents les plus sûrs. M. Accarias lui-même ne peut s'empêcher de le constater, lorsqu'il nous dit : « Il paraît que les manuscrits les plus anciens et les plus sûrs donnent *possessor*. »

Reste maintenant à expliquer le texte. Il y a certainement des difficultés, mais elles sont loin de disparaître avec la leçon *possessorem*. Le mot *actor* étant le sujet de *diceret* dans la seconde phrase comme dans la première, la réunion des deux mots *possessorem* et *adversarium* serait

Digitized by Google

assez bizarre, puisqu'on emploierait coup sur coup deux expressions différentes, de nature à induire en erreur, pour désigner une seule et même personne. Il y aurait là, en tout cas, un double emploi qui ne semble pas naturel.

De plus, nous l'avons déjà remarqué avec M. Accarias, les mots *possessorem* et *adversarium,* se référant à une même personne, se trouveraient bien inconsidérément séparés par le mot *diceret* : tournure de phrase inusitée dans la langue latine.

Il en résulte donc que même au point de vue de la phrase, la leçon *possessorem* est sinon incorrecte, au moins fort défectueuse.

Certains auteurs avaient, paraît-il, trouvé un moyen ingénieux de se tirer d'affaire en supprimant le mot gênant, sous prétexte qu'il a dû se glisser inconsciemment dans le texte; mais c'est là une façon radicale de trancher les difficultés que nous ne saurions approuver.

Il s'agit alors de trouver une explication plausible de la leçon *possessor*.

D'après Accurse, il y aurait une explication fort simple à donner. *Possessor* désigne, non pas la personne qui possède actuellement, mais l'ancien propriétaire, *qui olim possedit,* de même que dans le § 5 on appelle *dominus* le propriétaire qui a cessé de l'être.

Cette explication nous paraît cependant assez douteuse, car rien n'indique que le mot *possessor* doive être pris en dehors de sa signification ordinaire. « *Obscuriùs est paulo illud possessor,*

Digitized by Google

dit Doneau, *ut possessorem interpretemur qui olim possessor fuit.* » Constatons, en tout cas, que cette interprétation du mot *possessor* aboutit au même sens que la leçon *possessorem.*

Si maintenant nous prenons le mot *possessor* dans son sens naturel, nous arrivons à cette traduction littérale du § 3 : « Très souvent le préteur accorde une action réelle où le demandeur prétend avoir en quelque sorte usucapé, où à l'inverse lorsque le possesseur soutient que son adversaire n'a pas usucapé la chose qu'il a usucapée. » Il semble au premier abord que l'on admette ainsi une action réelle au profit de quelqu'un qui possède. Mais comme cela ne peut être, il faut supposer qu'une usucapion a été accomplie par un absent, au détriment d'une personne présente ; que ensuite le propriétaire, étant parvenu par quelque hasard à recouvrer la possession de sa chose, il a pu repousser la revendication exercée par l'absent de retour, non par une action, mais par une exception. Le § 3, il est vrai, ne le dit pas, mais de même que le § 4 développe les hypothèses où l'on répute comme non accomplie l'usucapion qui ne l'a pas été, de même le § 5, qui est la suite naturelle du précédent nous donne le détail de la supposition inverse. Or nous avons vu que l'action rescisoire contenue dans le § 5 était une application de l'édit sur l'*in integrum restitutio* : il y a une restitution opérée par le préteur contre l'usucapion. Et si le propriétaire, comme nous l'avons supposé, a recouvré sa chose, il n'a pas besoin pour agir d'une

action, mais il lui suffit d'une exception, *possessor dicebat adversarium suum non usucepisse quod usuceperit.* — Telle est, d'après M. Cuq, la véritable explication du § 3 : il en résulterait que le préteur aurait eu dans l'Edit Publicien deux buts : l'un de protéger le possesseur malheureux qui ne pouvait encore invoquer en sa faveur le bénéfice de l'usucapion, l'autre de venir au secours de celui qui n'avait pu faire reconnaître son droit par suite de l'absence du possesseur. Mais comme, dans ce dernier cas, il s'agissait de tenir pour non avenu un droit régulièrement acquis d'après le *jus civile*, le préteur usant de son moyen habituel, au lieu de contredire ouvertement le droit civil, ce qu'il eût fait en accordant à l'ancien propriétaire une action pour reprendre sa chose, se serait contenté de lui donner une exception, mais il fallait pour cela qu'il eût recouvré la chose.

Ce ne serait que plus tard que cette seconde disposition de l'Edit Publicien aurait été généralisée par l'Edit sur l'*in integrum restitutio*, et le préteur aurait accordé à l'absent de retour à Rome non-seulement une exception, mais encore une action. Toutefois, pour admettre cette explication, il faut en outre supposer que dans le texte original de l'Edit les mots « *permittit in rem agere* » auraient été suivis de ceux-ci « *vel excipere* », mots que les rédacteurs des Institutes auraient retranchés, pour mettre le texte en harmonie avec la législation en vigueur, parce que de leur temps la rescision de l'usucapion

Digitized by Google

accomplie au profit d'un absent pouvait s'obtenir par voie d'action, aussi bien que par voie d'exception.

Est-ce là l'explication certaine des §§ 3 et 5 des Institutes? — Tout ce que nous pouvons dire, c'est que la théorie est rationnelle et que nous y trouvons un développement naturel du droit dans la matière, avec la façon ordinaire de procéder chez le préteur; mais de là à pouvoir affirmer que telle fut bien la marche suivie, il y a loin. Quoi qu'il en soit, grâce aux travaux intelligents auxquels se livrent des hommes érudits et passionnés pour la science, il est à espérer que la lumière jaillira un jour de leurs investigations, et que ce point s'éclaircira comme bien d'autres demeurés longtemps obscurs.

Digitized by Google

CONCLUSION

Nous venons de parcourir à grands traits cette institution si caractéristique de la Publicienne. L'examiner en détail eût été dépasser notre but et assumer une tâche au-dessus de nos forces. Nous avons voulu simplement tracer ses principaux caractères et indiquer la place importante et originale qu'elle occupe dans l'étude du droit Romain. Elle nous donne une idée du rôle qu'a joué la fiction à cette époque. C'était une arme heureuse placée entre les mains des préteurs, qui leur permettait de combattre victorieusement les vieux préjugés du droit civil, sans toutefois les anéantir complètement. Grâce à elle, il s'opère presque sans efforts et insensiblement une transition entre les principes de l'ancien droit, trop primitifs et trop durs, et ceux d'un

Digitized by Google

droit nouveau plus en harmonie avec la civilisation et les idées de l'époque. Etude curieuse, intéressante et pratique à la fois comme celle de toutes nos transformations sociales.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT FRANÇAIS

DE LA PRESCRIPTION PAR DIX A VINGT ANS

(Art. 2265 et suiv. C. C.)

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

De la prescription par dix à vingt ans.

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

D'Argentrée, Coutumes de Bretagne, art. 266. — Aubry et Rau, t. 2, 3, 6, 4e éd. Cours de droit civil français. — *Baluze,* Constit. de Clotaire, t. 1. — *Dalloz,* Répertoire de légis., V° Prescription. — *Delvincourt,* Cours de code civil, t. 1, 2, 3. — *Demante,* Cours de droit civil français, c. 2. — *Demolombe,* Cours de Code Napoléon, t. 12. — *Ducaurroy, Bonnier* et *Roustan,* Commentaire théorique et pratique du code civil. — *Duranton,* Cours de droit Français, t. v, xx, xxi. — *Fenet,* Recueil complet des travaux préparatoires, t. 2, 4, 5. — *D'Héricourt,* Analyse des décrétales, Lib. 2. — *Locré,* Exposé des motifs, t. 8. — *Laurent,* Prescript., t. 32. — *Lemaître,* sur la coutume de Paris, tit. VI. — *Marcadé* et *Pont,* Explic. théorique et pratique du code Napoléon. — *Merlin,* Répertoire, V° Prescription; dot. — *Mourlon,* Répétitions écrites sur le code Napoléon. — *Pothier,* Prescription; Sur la coutume d'Orléans, introd., t. 13. — *De Savigny,* Hist. du Droit romain au Moyen-Age, t. 2. — *Serres,* Instit. au Droit Français, liv. 2. — *Sirey,* Recueil périodique. — *Toullier,* Le Droit civil français, III. — *Troplong,* De la Presc.. t. 1 et 2. — *Zachariæ,* Cours de Droit civil fr., §§ 217, 251.

Digitized by Google

INTRODUCTION

Le législateur qualifie l'usucapion avec titre et bonne foi de prescription par dix *et* vingt ans. Nous n'avons pas adopté la terminologie du code, et nous avons pris pour rubrique : « De la prescription de dix *à* vingt ans. » La raison qui nous a décidé est la suivante : la conjonction *et* donne à penser que la prescription s'accomplit tantôt par dix ans et tantôt par vingt ans, de telle sorte qu'il n'existerait pas de délais intermédiaires utiles pour son accomplissement; tandis que, dans la réalité, elle peut varier entre dix et vingt ans, suivant certaines circonstances particulières que nous examinerons d'une façon

Digitized by Google

complète, lorsque nous nous occuperons du laps de temps nécessaire pour prescrire.

Notre étude portera simplement sur la prescription de dix à vingt ans, prise dans son côté original, dans son caractère propre, c'est-à-dire dégagée, autant que possible, des conditions générales et des points qui peuvent se rapporter à toute prescription.

Digitized by Google

CHAPITRE I.

NOTIONS HISTORIQUES SUR LA PRESCRIPTION DE DIX A VINGT ANS.

Il est difficile de faire remonter à une époque certaine l'origine de la prescription; elle paraît aussi ancienne que la formation de la société elle-même; elle correspond à un de nos premiers besoins.

L'homme apporte avec lui en naissant l'instinct de sa conservation, et, pour y parvenir, il est porté à se servir des choses créées, à s'approprier ce qui est nécessaire à sa subsistance et à sa conservation; en un mot, ses désirs et la nécessité elle-même le poussent vers la propriété.

Or, dans les temps où l'écriture, où les titres de propriété étaient inconnus, la possession prolongée devait être la meilleure et même la seule preuve de la propriété. Il nous semble donc que nous devons la retrouver dans tous les temps et chez presque tous les peuples.

Mais il est inutile de rechercher comment était entendue et réglementée la prescription dans les nations dont l'histoire n'a gardé qu'un souvenir incomplet; il vaut mieux aborder tout

Digitized by Google

d'abord une législation plus précise et plus sérieuse.

Droit romain. — Les Romains nous ont laissé sur la prescription des règles fort détaillées; les rédacteurs du code en ont usé largement, et notre prescription décennale se trouve en grande partie copiée dans cette législation. — A l'origine, nous trouvons la loi des XII Tables consacrant l'usucapion. Son but est de faire acquérir la propriété, le *Dominium ex jure Quiritium*, par une possession de deux ans pour les immeubles, de un an pour les meubles. Elle pouvait s'étendre aux choses *mancipi et nec mancipi*, mais elle n'était pas applicable aux immeubles situés hors de l'Italie. En principe, les étrangers, les *hostes*, ne pouvaient en bénéficier. L'usucapion dans ces conditions devient bientôt insuffisante; elle ne répond plus aux besoins nouveaux. Le prêteur organise alors, à côté du vieux droit civil, la prescription; elle vient au secours des possesseurs des fonds provinciaux : on n'acquiert pas encore la propriété, mais on ne peut être dépossédé après une possession de dix ans entre présents, vingt ans entre absents. Peu à peu les nuances qui séparent l'usucapion et la prescription tendent à se confondre, et Justinien achève de faire disparaître les subtilités de l'école classique : la prescription décennale ou vicennale devient, à son tour, un des modes

Digitized by Google

d'acquisition de la propriété. Nous retrouvons, avons-nous dit, dans notre droit civil les principales règles de cette institution.

Ancien droit. — Dans les Gaules, nous voyons dès les temps les plus reculés l'usage de la prescription; mais la prescription décennale ne fut probablement pas tout d'abord admise. Nous en trouvons les premières traces dans une constitution de Childebert, roi d'Austrasie, rendue vers 595 (1), qui décida que la propriété d'un immeuble pouvait se prescrire par dix ans, si le propriétaire avait son domicile dans la juridiction du *dux* ou du *judex* où l'immeuble était situé; par trente ans dans le cas contraire. La consécration de la théorie romaine sur la prescription décennale apparaît surtout dans un livre connu sous le nom de *Petri exceptiones,* composé dans le territoire de Valence en Dauphiné, vers le XIe siècle, pour guider le vicarius Odilon dans sa magistrature (2). On y parle de la prescription des meubles par trois ans, et des immeubles par dix, vingt et trente ans.

Droit féodal. — La prescription y est réglementée d'une façon assez obscure. On trouve cependant à l'origine le principe d'imprescrip-

(1) Baluze, *Constit. de Clotaire,* t. 1, p. 17.
(2) De Savigny, *Hist. du Droit Romain au Moyen-Age,* t. 2, p. 105.

Digitized by Google

tibilité nettement établi en faveur des fiefs. Ce n'est que plus tard, vers le commencement du XVIe siècle, que les fiefs tombent dans le commerce; mais, à cette époque encore, peu de coutumes osent les déclarer prescriptibles. Le coutume de Paris, rédigée en 1510, nous en fournit un exemple dans son article 7 : « Le seigneur ne peut prescrire contre son vassal, ni le vassal contre son maître. » Ce ne fut qu'en 1580, lors de la révision de la coutume, et grâce aux efforts de Dumoulin, qui, dans son *Traité des fiefs*, s'éleva avec énergie contre ce principe, que l'on finit par admettre, d'une façon à peu près générale, la prescriptibilité des fiefs. Quoi qu'il en soit sur ce point, une confusion fort grande régnait en matière de prescription, surtout relativement au délai de possession nécessaire. Quelques chartes de communes, telles que celles de Troyes, de Pontoise, de Saint-Quentin, regardaient comme suffisante, pour acquérir la propriété d'un immeuble, une seule année de possession. La brièveté de ce délai avait sa justification dans le peu d'étendue de territoire et le petit nombre d'habitants qui y étaient soumis. D'autres chartes, entr'autres celle d'Amiens en son article 36, admettaient pour les immeubles une prescription de sept années. Nous retrouvons également ce laps de temps de sept années dans la coutume de Bayonne; c'est même la seule, à notre connaissance, qui n'ait pas disparu au XIIIe siècle.

Digitized by Google

Droit canonique. — L'Église, après avoir pendant assez longtemps soulevé des objections nombreuses contre la prescription, finit enfin par trouver ce moyen d'acquérir utile, nécessaire même. Les saints-pères autorisent la prescription « *propter vitandam miserorum segnitiam et longi temporis errorem et confusionem* (1); » mais ils introduisent, en même temps, une grande innovation : c'est que toute prescription doit être accompagnée, pendant tout le temps de sa durée, de la bonne foi. Le concile de Latran, en 1215, posait le principe suivant : « *quod nulla valeat præscriptio tam canonica quam civilis, absque bona fide.* » Cette théorie était sans doute irréprochable au point de vue de la conscience; mais elle était fort défectueuse dans ses conséquences pratiques. Innocent III fit à plusieurs reprises tous ses efforts pour étendre cette solution ecclésiastique aux relations de la vie civile; il n'y put réussir. Les procès nombreux et difficiles, la trop longue incertitude sur le sort définitif de la société, qui étaient la conséquence de cette doctrine, la rendaient inacceptable dans le droit civil.

A côté de cette dissidence capitale entre le droit canonique et le droit civil, il en existait une autre relativement au délai. D'après d'Hé-

(1) *Decretales Greg.*, lib. 2, t. 26, *De Prescript.*

Digitized by Google

ricourt (1), l'Église pouvait prescrire par trente ans, sans titre; par dix et vingt ans, avec un titre. Les laïques, au contraire, ne pouvaient invoquer contre l'Église qu'une prescription de quarante ans d'après les uns (2), de cent ans d'après les autres (3), et les dîmes étaient à l'abri de toute prescription.

Ancienne jurisprudence. — L'homogénéité est loin de régner en matière de prescription. La prescription de dix à vingt ans n'est pas encore universellement reconnue : on la retrouve cependant dans la plupart des coutumes. Triompha-t-elle dans les pays de droit écrit qui suivirent les errements du droit romain? Oui, s'il faut en croire Dunod (4), qui s'exprime en ces termes dans son *Traité sur la Prescription* : « Cette prescription de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents s'observe dans les pays de droit écrit, et a été communément reçue dans les pays coutumiers du royaume; mais elle n'a pas lieu parmi nous. Ce qui est prescriptible par dix et vingt ans, selon le droit romain, ne peut être prescrit que par trente ans en Franche-Comté. Il en est de même en Bour-

(1) D'Héricourt, *Analyse des Décrétales,* liv. II, tit. XXVI.
(2) Id., id.
(3) Troplong, *De la Prescription,* t. 1, n° 22.
(4) Dunod, part. 2, ch. VIII, *Traité de la Prescription.*

Digitized by Google

gogne, Normandie, Nivernais, Orléanais, La Marche, Bourbonnais et Auvergne. »

Merlin (1), au contraire, combat l'opinion de Dunod. A son avis la prescription de trente ans aurait prévalu dans les pays de droit écrit. Il invoque à l'appui de sa thèse de nombreux documents.

Serres, dans ses *Institutions au Droit français* (2), partage les mêmes idées, et croit que dans les pays de droit écrit on n'a conservé l'usage de la prescription de dix à vingt ans qu'à l'égard des hypothèques. Il est certain, en tout cas, que la prescription décennale était repoussée dans plusieurs parlements de droit écrit, qui peuvent être cités comme autorités, tels que ceux de Grenoble, de Toulouse, de Bordeaux, de Provence.

Dans les pays de droit coutumier, une plus grande diversité régnait au point de vue de la possession utile à prescrire. Citons cependant comme exemples des coutumes qui admettaient la prescription de dix ou vingt ans, celles de Paris (art. 113), de Melun (art. 170), de Blois (art. 192), d'Auxerre (art. 188), de Meaux (art. 80), de Calais (art. 205), d'Etampes (art. 63), etc. — Le législateur de 1804 avait à choisir entre ces différents systèmes; il a préféré se rallier à la

(1) Merlin (Répertoire, v° *Prescription*, section II).
(2) Serres, *Institut. au Droit français*, Liv. II, t. 6.

Digitized by Google

théorie romaine et adopter la prescription de dix à vingt ans avec juste titre et bonne foi.

Le 7 pluviôse an XII (28 janvier 1804), le projet de notre titre sur la prescription était présenté au conseil d'Etat par Portalis. Le 17 ventôse Bigot-Préameneu en exposait les motifs devant le Corps législatif; le 24 ventôse (15 mars 1804), ce titre était décrété, et la promulgation en avait lieu le 4 germinal suivant (25 mars 1804).

CHAPITRE II.

JUSTIFICATION ET UTILITÉ DE LA PRESCRIPTION EN GÉNÉRAL ET DE LA PRESCRIPTION PAR DIX A VINGT ANS EN PARTICULIER.

La prescription, dans l'acception étendue de ce terme, peut être considérée à la fois comme un moyen d'acquérir la propriété des biens et certains droits réels, tels que les servitudes, et comme un moyen de libérer au bout d'un certain délai le débiteur de son obligation. Le législateur ne veut pas laisser trop longtemps la propriété indécise; la possession ne doit pas rester infructueuse : il faut à un moment donné,

Digitized by Google

et sous certaines conditions, lui accorder les mêmes effets qu'à un contrat.

Au premier abord, on est tout disposé à élever des objections de morale contre cette façon d'acquérir, et l'on se demande si le législateur, en consacrant une institution semblable, n'a pas foulé aux pieds les droits les plus légitimes. « A cette idée de prescription, disait Bigot-Préameneu, dans son exposé des motifs au Corps législatif, il semble que l'équité doive s'alarmer : il semble qu'elle doive repousser celui qui, par le seul fait de la possession, et sans le consentement du propriétaire, prétend se mettre à sa place. Peut-on opposer la prescription, et ne point paraître un spoliateur?.... » C'est que si l'on trouve naturel, en effet, que la propriété puisse passer d'une main à l'autre par vente, échange, donation, succession, il paraît étrange qu'une usurpation à quel titre que ce soit puisse être légitimée. « Les droits, nous dit Troplong, considérés dans leur idéal, sont impérissables et éternels, et le temps qui n'a de prise que sur ce qui est contingent, ne peut pas plus les ébranler que porter atteinte à Dieu même, à ce type universel et pur dont ils sont le reflet et la manifestation. » Or si telle est bien la nature de nos droits, s'ils ont réellement ce caractère de durée indéfinie, comment pourraient-ils légitimement disparaître par le seul effet du temps? Et l'acquisition par prescription étant basée sur

Digitized by Google

une période plus ou moins longue de temps accomplie, semble donc se trouver en contradiction avec la morale et la conscience.

La prescription n'est cependant pas si condamnable, même au point de vue moral, et l'on peut avec quelque chance de succès tenter sa justification.

Supposons que celui qui veut se prévaloir de la prescription soit entré de bonne foi en possession de la chose d'autrui : nous sommes déjà en présence d'un possesseur digne de protection et d'intérêt, puisqu'il a cru être légitimement propriétaire. Allons plus loin, et laissons le temps écouler sa marche rapide, emporter avec lui les générations. Pas une plainte, pas une réclamation ne s'est élevée : le légitime propriétaire, dans une incurie regrettable, a gardé le plus profond silence; il a laissé le possesseur jouir paisiblement de son bien et profiter de ses revenus. La propriété mal gérée, mal administrée d'abord, renaît sous un travail intelligent; le nouveau possesseur y prodigue sa sueur, y dépense ses forces aussi bien que ses capitaux. Est-ce que donc le vice originaire ne s'efface pas peu à peu et ne disparaît pas enfin sous ce cumul de dépenses de toutes sortes qui ont régénéré et transformé la propriété? Serait-il donc permis à un héritier de ce propriétaire négligent de venir un jour troubler cette quiétude et d'élever la voix en disant : « Ce bien est à moi, j'en

Digitized by Google

suis toujours resté le maître; le temps a marché, c'est vrai, mais qu'importe! mes droits sont éternels et impérissables. » Non cela ne se peut, car ce serait, sous prétexte d'équité, jeter la ruine et la perturbation dans la propriété; cela ne se peut, car tout droit a un devoir qui le limite, et le devoir du demandeur était de ne pas laisser le possesseur jouir tranquillement dans sa bonne foi. Il devait lui ouvrir les yeux et lui faire reconnaître son erreur; il devait l'empêcher de consumer ses forces, son avenir, ses espérances. ses épargnes, sur cette terre qu'il prétend aujourd'hui pouvoir lui ravir. En ne le faisant pas, il lui a causé un préjudice dont il est responsable; il doit l'indemniser, et la seule indemnité possible est dans l'abandon de la propriété. La justice le veut ainsi, et cette prescription de bonne foi doit se trouver aussi conforme à la raison qu'à la morale.

Quant à la prescription établie en faveur de celui dont la possession a été de mauvaise foi à l'origine, elle se justifie par des considérations d'un autre ordre; elle se base surtout sur des raisons d'utilité publique.

Il faut que dans une société bien organisée la propriété soit sûre, stable; il importe qu'elle soit sagement administrée : c'est une des sources d'accroissement et de richesse d'une nation. Or, si, après le plus long espace de temps, il était permis de venir contester une propriété, ne

Digitized by Google

serait-ce pas jeter partout le désordre le plus complet, enlever à la société toute sécurité et toute protrction? La prescription est donc une nécessité sociale; elle vient consolider la possession en lui imprimant le caractère du droit. Remontons à l'origine, et nous sommes bien obligés d'avouer que la propriété s'est formée ainsi. Elle a commencé par une possession sans titre; c'est ce qui faisait dire à Rousseau que le premier propriétaire a été un usurpateur. Or il fallait nécessairement pour que la société fût possible, que la longue possession devînt un droit.

Ces considérations ont été fort nettement mises en lumière par MM. Aubry et Rau (1) dans le passage suivant : « Le fondement de l'usucapion se trouve dans la nécessité d'assurer la stabilité de la propriété (*ne dominia in perpetuum incerta maneant*). Sans l'appui de la prescription, la propriété resterait toujours sujette à contestation, puisque pour justifier d'une manière absolue son droit de propriété, il ne suffirait pas au dernier acquéreur de produire son titre, et qu'il se trouverait dans la nécessité de prouver de plus le droit de propriété de son auteur immédiat, et même, selon les cas, celui des prédécesseurs de ce dernier; preuve à peu près impossible par cela même qu'elle serait indéfinie, et à laquelle il peut suppléer par celle de

(1) Aubry et Rau, t. 2, p. 323.

Digitized by Google

l'usucapion. Quant à la prescription, elle repose sur la nécessité de garantir la position des individus et des familles contre les perturbations auxquelles le patrimoine serait exposé par suite des réclamations trop longtemps différées. »

Il faut en dire autant de la prescription extinctive ; elle se justifie de la même façon. Aussi pouvons-nous dire après l'orateur du gouvernement (1) : « De toutes les institutions de droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social. La justice générale est rendue, et dès-lors les intérêts privés qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'ordre social. » Laisser planer un doute perpétuel sur la propriété, c'était jeter sur elle l'anarchie, tuer à l'avance toute grande entreprise, détruire tout esprit d'initiative. On n'eût trouvé personne disposé à faire des sacrifices pour améliorer des biens qu'il n'était pas sûr de posséder.

Ce n'est donc pas d'une façon arbitraire, mais dans l'intérêt de tous, que la loi protège la prescription. Et c'est avec juste raison qu'on l'a surnommée : *Patrona generis humani.*

Or, s'il en est ainsi de la prescription qui peut s'accomplir malgré la mauvaise foi du possesseur, que faut-il penser de la prescription de dix à vingt ans? Sa justification est plus

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, nº 1 (Locré, t. VIII, p. 344).

Digitized by Google

aisée; elle échappe à l'objection de morale que l'on est prêt à tirer contre les prescriptions acquisitives qui s'accomplissent de mauvaise foi, car les conditions essentielles de son existence sont le juste titre et la bonne foi. C'est pour ce motif que le législateur a cru pouvoir diminuer en sa faveur les délais exigés pour la prescription de droit commun.

Nous venons d'esquisser, à grands traits, la marche de la prescription à travers les générations, et de faire ressortir les raisons d'utilité générale qui l'ont fait admettre dans notre droit; nous aurons maintenant à examiner les diverses conditions particulières à la prescription de dix à vingt ans et ses caractères propres. Laissant de côté la possession que nous supposerons conforme à l'art. 2229 c. c., nous allons étudier le juste titre, dont parle l'art. 2265.

CHAPITRE III

DU JUSTE TITRE

—

I

On discutait en droit romain sur le point de savoir si le juste titre et la bonne foi devaient nécessairement concourir, si certaines circons-

Digitized by Google

tances ne pouvaient suppléer au juste titre. Sous l'empire du code, le doute n'est plus permis; l'art. 2265 est formel : il exige comme conditions essentielles de la prescription de dix à vingt ans le juste titre et la bonne foi.

Qu'entend-on par juste titre? — Nous ne trouvons dans la loi aucune réponse directe à cette question. — Les Romains avaient pour le qualifier deux expressions assez précises : ce pouvait être un *instrumentum* ou une *justa causa*. En droit français, le mot « titre » comporte plusieurs acceptions différentes : c'est tantôt une qualité, un écrit (*instrumentum*); tantôt un fait translatif de propriété, constitutif d'un droit (la *justa causa*), tel que la vente, la donation. — *Justus titulus est causa habilis ad dominium transferendum, ut emptio, donatio.*

C'est bien dans ce dernier sens que l'entend l'art. 2265; c'est ainsi que le définissait également l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs : « C'est un titre qui de sa nature est translatif de propriété. »

MM. Aubry et Rau (1) l'entendent dans le même sens, lorsqu'ils nous disent :

« Le juste titre est celui qui, considéré en soi, c'est-à-dire abstraction faite du point de savoir s'il émane du véritable propriétaire et

(1) Aubry et Rau, t. II, § 218, p. 375.

Digitized by Google

d'une personne capable d'aliéner, est propre à conférer un droit de propriété. »

La loi dit *juste* titre. Que signifie cette épithète *juste?* Deux explications sont possibles : le mot juste peut signifier que le titre est conforme à la loi, qu'il possède en lui-même les éléments nécessaires pour transférer une propriété incommutable. Mais ce n'est pas dans ce sens qu'il est pris par le législateur, puisque l'usucapion a principalement pour but de couvrir les vices résultant de l'absence de tout droit de propriété chez l'auteur de la transmission, et qu'elle vient corriger les défectuosités du titre.

Il vaut mieux adopter la deuxième interprétation du mot juste, qui consiste à dire que le titre est appelé juste en ce sens qu'il réunit pleinement toutes les conditions légales des titres ; il possède en lui-même ce qu'il faut pour déplacer le domaine de la propriété; il est juste parce qu'il aurait transféré la propriété, si l'auteur avait été propriétaire. Qu'importe que le titre de l'auteur soit vicié ou non, cela ne lui enlève pas son caractère. Son dol n'empêche pas le titre d'être juste à l'égard de l'acquéreur; mais il peut être attaquable au fond, puisqu'il n'émane pas du véritable propriétaire, puisqu'il renferme un vice caché.

Il faut pour savoir s'il y a ou non juste titre, distinguer avec soin les contrats qui ont pour but de transférer la propriété de ceux qui ne

Digitized by Google

peuvent donner que des droits de jouissance ou d'usage sur la chose. Ainsi, la vente, l'échange, la donation, le legs pourront être considérés comme juste titre pour la prescription; mais il n'en sera pas ainsi des conventions, comme, le bail, le nantissement, le séquestre, qui n'ont pas pour objet de transférer un droit de propriété.

La possession se qualifie par le titre spécial qui a servi de base à sa naissance. Est-on rentré en possession par suite d'une vente, d'une donation, d'un legs; on dira que l'on possède à titre d'acheteur, de donataire, de légataire.

Les juriconsultes romains ont passé en revue avec le plus grand soin les différentes espèces de juste titre que le possesseur peut invoquer comme source de son droit de propriété. Pour nous, nous laisserons de côté les justes titres sur la valeur desquels aucune contestation sérieuse ne saurait être soulevée; nous examinerons les plus importants de ceux qui peuvent donner lieu à quelque difficulté.

Le juste titre le plus usuel, c'est la vente; ajoutons-y l'échange, qui, sans être aussi fréquent que la vente, offre avec elle de grandes analogies. La donation et le legs sont, nous l'avons déjà dit, des justes titres dans le sens de l'art. 2265. Il en est de même du paiement. On peut fort bien prescrire la chose qui a été donnée en paiement, soit qu'on ait remis la chose

Digitized by Google

même qui était due, soit qu'on en ait donné une autre à sa place; mais les deux cas se différencient en ce que, si l'on remet en paiement la chose même qui était due, c'est le titre en vertu duquel on la devait qui est la principale base de la possession, et c'est à ce titre même qu'on prescrit; le titre *pro soluto* n'a fait que concourir avec lui et n'en est que l'exécution, tandis que si la chose qui a été donnée en paiement est une chose autre que celle qui était due, c'est alors uniquement à titre de paiement que l'on possède. Ainsi, par exemple : vous me devez une somme d'argent, vous ne pouvez me la procurer, alors vous me remettez à sa place en paiement un immeuble que j'accepte. Cet immeuble n'est pas dû en vertu du titre primitif, mais je le possède et je le prescris à titre de paiement, si vous n'en êtes pas propriétaire.

Du titre *pro dote*. — La dot apportée par la femme constitue-t-il un juste titre? — En droit romain, nul doute que l'usucapion *pro dote* fût possible. La dot était livrée au mari avec l'intention de la part du *tradens* de lui en transférer la propriété; si donc le *tradens* était propriétaire, le mari le devenait également, et, dans le cas contraire, il acquérait la propriété au moyen de l'usucapion *pro dote*.

Ces principes doivent-ils encore être suivis dans notre droit?

Digitized by Google

Nous ne le pensons pas; à notre avis, règle générale, le titre *pro dote* ne pourra servir à la prescription de dix à vingt ans. Ainsi, par exemple, la femme en se mariant se constitue en dot des immeubles qu'elle sait ne point lui appartenir; le mari, quoique de bonne foi, ne pourra prescrire. Troplong (1) soutient cependant que cette prescription pourra toujours avoir lieu au profit du mari. La raison dominante qui l'amène à cette solution est qu'il en était ainsi en droit romain, et que les plus éminents auteurs de notre ancien droit français, tels que Merlin (2), Dumoulin (3), Pothier (4), suivaient cette tradition : « *Maritus est rerum dotalium dominus,* » disait-on. Troplong ne voit rien d'assez formel dans le code civil pour repousser la théorie du droit romain, source de notre régime dotal, particulièrement adopté dans la jurisprudence des pays de droit écrit.

Nous n'hésitons pas à repousser cette opinion, comme l'a d'ailleurs fait la presque unanimité des auteurs, car elle se trouve en contradiction positive avec les art. 1549 et 1562 de notre code : « Le mari a seul l'administration des biens dotaux..... »

« Le mari est tenu, à l'égard des biens dotaux,

(1) Troplong, t. II, nº 880.
(2) Merlin, *Répert.*, vº dot, p. 201.
(3) Dumoulin, sur Paris, des douaires.
(4) Pothier, *Prescription,* nº 68.

Digitized by Google

de toutes les obligations de l'usufruitier. — Il est responsable de toutes prescriptions acquisitives et détériorations survenues par sa négligence... » Or ne résulte-t-il pas bien clairement de ces articles que le mari n'est pas propriétaire des biens dotaux, qu'il n'en est qu'un détenteur précaire? Il les détient pour le compte de sa femme; il sert d'instrument à sa possession; c'est elle qui prescrit par son intermédiaire, en vertu d'un titre complètement indépendant, dont elle peut être investie. Si donc la femme est bien propriétaire des biens dotaux, il s'ensuit nécessairement que le mari ne l'est pas; il n'est pas alors exact de dire avec Troplong que le titre *pro dote,* dans ces conditions, peut servir de juste titre, car ce serait accorder le même immeuble en même temps à deux propriétaires, ce qui est absurde.

Cependant, si nous nous plaçons dans l'hypothèse prévue par l'art. 1552, nous trouvons un cas où, par exception, le titre *pro dote* peut fonder la prescription décennale : « L'estimation donnée à l'immeuble constitué en dot n'en transporte point la propriété au mari, *s'il n'y en a déclaration expresse.* » Et il en sera ainsi chaque fois que, par suite des conventions matrimoniales, les biens dotaux seront transférés au mari en toute propriété; dans ces cas, en effet, nous retrouvons les caractères du juste titre. On a bien voulu soutenir que même alors,

Digitized by Google

si la dot a été constituée *a non domino,* ce ne serait point *pro dote,* mais *pro emptore,* que le mari pourrait prescrire. Nous repoussons cette solution, car la vente des biens dotaux au mari, en admettant que cette dénomination soit exacte, a eu lieu *dotis causa,* et nous ne voyons pas pourquoi on ne considèrerait pas le titre du mari comme un titre *pro dote,* puisque en définitive la vente n'est qu'un moyen de réaliser la constitution de dot elle-même, qui domine toute cette opération. Lors de la dissolution du mariage, le mari se trouve, en effet, non pas débiteur d'un prix de vente, mais débiteur d'une *restitution* de dot.

Le titre d'héritier peut-il constituer le juste titre exigé par l'art. 2265? Ici encore nous penchons pour la négative; il nous semble d'ailleurs facile de la justifier. Supposons que l'héritier trouve dans la succession un immeuble qui n'appartenait pas au défunt, mais que celui-ci était en droit d'acquérir par la prescription. L'héritier pourra continuer à prescrire, non à titre d'héritier, mais bien au même titre que son auteur, car il continue sa personne, il est tenu de ses engagements, il n'a pas un droit distinct. Si le *de cujus* avait la possession utile à prescrire, il la continuera; mais comme il n'a pas de titre nouveau, il n'a à cette prescription que les droits que le *de cujus* aurait pu faire valoir lui-même.

Digitized by Google

Les Romains avaient cependant imaginé un cas dans lequel le titre *pro herede* était possible : c'était celui où l'héritier trouve dans la masse héréditaire des biens qui appartenaient à autrui, et dont le testateur ignorait l'existence. Il croit de bonne foi qu'ils font partie de la succession, il se met en possession de ces biens; la prescription *pro herede* sera possible en sa faveur, d'après la décision de Pomponius (L. 3. D., *Pro herede*).

Se fondant sur ce texte, Pothier (1) déclare que cette décision doit être suivie dans le droit français : « L'héritier, dit-il, qui trouve une chose dans la maison du défunt et qui a un juste sujet de croire qu'elle fait partie des effets de la succession, possède cette chose *pro herede :* on ne peut dire en ce cas que la possession ne soit que la continuation de celle du défunt, puisque le défunt, n'ayant eu aucune connaissance de cette chose, n'en a pu acquérir la possession... » Cette opinion est également professée par Merlin.

Cette théorie est inadmissible dans notre droit actuel. Si, en droit romain, il en était ainsi, c'est sans doute parce que le juste titre pouvait se confondre avec la bonne foi, et que l'héritier pouvait croire de bonne foi que la chose trouvée dans la succession appartenait au défunt; mais,

(1) Pothier, *Prescription*, n° 64.

Digitized by Google

d'après l'art. 2265, le juste titre forme une condition spéciale, distincte pour la prescription. Or sur quel titre l'héritier pourrait-il fonder sa prétention? Ce ne peut être sur le titre d'héritier, car comme tel il n'a pu acquérir que les objets faisant partie de la succession, et le défunt n'était pas propriétaire de la chose en question et ne pouvait le prétendre, puisqu'il en ignorait l'existence. Il n'y a donc pas eu translation d'une tête sur une autre, et si l'héritier a possédé ce ne peut être que sans titre; par suite, pas d'application possible du titre *pro herede*.

La cour de Bruxelles (1) dans deux arrêts successifs, l'un rendu le 24 janvier 1824 et l'autre le 29 mars 1828, a décidé dans ce sens, que la possession de celui qui n'a pas de juste titre continuant dans la personne de son héritier avec le même défaut du juste titre, la simple qualité d'héritier ne peut effacer ce défaut, ni tenir lieu du titre que la loi requiert comme condition essentielle pour prescrire par dix à vingt ans.

La cour de Liège (2) cependant a rendu un arrêt dans un sens contraire, en basant sa solution sur la théorie romaine.

On peut encore supposer que c'est un héritier apparent qui prend possession d'une succession

(1) Pasicrésie, 1824, p. 19e et 1828, p. 131.
(2) Dalloz, *Prescription*, n° 890.

Digitized by Google

à laquelle il croyait avoir des droits. Ici encore pour les mêmes motifs nous admettrons la même solution. Au bout de trente ans, il pourra sans nul doute repousser la pétition d'hérédité de l'héritier véritable; mais la possession de dix à vingt ans ne sera pas possible, malgré la bonne foi du possesseur. Son titre ne repose que sur une erreur : il ne peut donc invoquer que sa bonne foi, suffisante pour lui faire acquérir les fruits (art. 138 c. c.), insuffisante pour la prescription décennale. Ajoutons que l'art. 2265 n'a établi la prescription de dix à vingt ans que pour les immeubles ; et les universalités de droit, telles qu'une succession, ne rentrent point dans les termes de cette disposition.

La transaction est-elle un juste titre? — Pour résoudre cette question, il faut ici encore se demander si la transaction peut constituer un titre translatif de propriété, ou si elle se borne simplement à consolider la propriété, sans la déplacer. Le code civil nous donne la définition suivante de la transaction dans l'art. 2044 : « La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation à naître. » Et l'art. 2052 ajoute : « les transactions ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. Elles ne peuvent être attaquées pour cause d'erreur de droit ou de lésion. » Les caractères de la transaction ressortent assez mal de

Digitized by Google

la définition qui nous en est donnée par le législateur; pour bien les saisir il nous faut étudier avec soin les circonstances au milieu desquelles elle peut se produire : il nous sera alors possible de voir si la chose a été réellement transférée, ou bien si la transaction, soit qu'elle ait ou non déplacé la possession, n'a fait que confirmer le droit ancien, sans en créer un nouveau.

Pendant assez longtemps on a attaché une grande faveur à la possession actuelle, et l'on tenait le raisonnement suivant : « Si la personne avec laquelle je transige me donne un immeuble que je ne possédais pas, moyennant un sacrifice que je fais de mon côté, il y a juste titre; il n'y en aura pas, au contraire, si la chose reste entre les mains, par l'effet de la transaction, de celui qui la possédait déjà. Il faut une tradition, et, dans ce dernier cas, il n'y en a pas eu. » — Mais n'était-ce pas établir une confusion entre la possession et la propriété que de faire dépendre le juste titre d'une possesion déplacée ou maintenue?

Il faut, nous l'avons dit, se borner à rechercher si tel ou tel fait est ou non translatif de propriété. Or une possession antérieure ne saurait, en aucune manière, servir de base à cette translation, car celui qui ne possède pas un immeuble peut, aussi bien que celui qui le possède, s'en dessaisir au profit de quelqu'un,

Digitized by Google

parce qu'il reconnaît chez lui un droit préexistant.

Ce n'est donc pas dans cette distinction qu'il faut rechercher la solution de la question qui nous préoccupe. Il sera nécessaire d'examiner les faits qui ont donné naissance à la transaction. « Si c'est la transaction qui a créé le droit, dit Marcadé (1), il est clair qu'elle est un acte translatif, constituant dès lors le juste titre voulu pour prescrire; mais si elle n'a fait que reconnaître et déclarer un droit préexistant, elle n'a plus ce caractère, et c'est par l'état de choses antérieur que la possession se règlera, comme si elle n'était pas intervenue. » Ainsi l'hypothèse suivante ne sera point douteuse: une des parties cède à l'autre un immeuble qui n'est point compris dans le litige, afin d'amener l'accord entre elles; si en réalité, elle n'est pas propriétaire de l'immeuble cédé, le cessionnaire de bonne foi pourra l'acquérir par la prescription de dix à vingt ans, car il a un titre, il possèdera *ex causa transactionis*.

Mais il faut avouer que ce cas se présentera rarement en pratique, et que le plus souvent les prétentions des parties apparaîtront avec des caractères bien plus obscurs. Ainsi, deux personnes se trouvent en contestation au sujet d'un immeuble; le procès menace de traîner en lon-

(1) Marcadé, art. 2269-2.

Digitized by Google

gueur, les parties, afin d'éviter des frais considérables, conviennent qu'elles feront un sacrifice réciproque, et que l'immeuble litigieux restera entre les mains de l'une d'elles, moyennant certaines compensations pécuniaires ou tout autre arrangement : une transaction faite dans ces conditions pourra-t-elle servir de base à un juste titre? — Nous ne le croyons pas; car comme il y a un litige soulevé, il n'y a pas abandon d'un droit, mais d'une simple prétention. On peut voir dans cette remise de l'immeuble l'aveu du bien fondé de la prétention de la partie adverse, la reconnaissance et la confirmation d'un droit préexistant, mais non un droit nouveau donnant naissance au juste titre. Telle était dans l'ancien droit la théorie enseignée par d'Argentrée (1) : « *Itaque qui sic transigit, ex eo titulo habere videtur, de quo ante controversia fuerat, quæ transactione sapitur. Ipsa vero transactio includit confessionem juris.... hic igitur transactio litem et ambiguitatem dirimit, sed materiam primariam juris non generat et subjectum a se non habet sed aliunde mutuatur.* » Pothier et les autres interprètes les plus autorisés suivaient également cette doctrine. Aucune raison sérieuse n'existait pour la rejeter dans notre droit moderne; aussi a-t-elle reçu l'approbation de la majorité de nos auteurs. « La trans-

(1) D'Argentrée, col. 2, n° 6, p. 1020.

Digitized by Google

action, dit Laurent (1), n'est pas en général un acte translatif, et par conséquent elle ne forme pas un juste titre en matière de prescription. Elle peut cependant être un acte translatif : dans ce cas, elle est utile pour prescrire. »

L'analogie qui existe entre la transaction, qui est souvent assimilée à la chose jugée, et le jugement, nous amène maintenant à nous demander si un jugement constitue un juste titre pour prescrire.

D'Argentrée *(loc. cit.)*, abandonnant ici la doctrine qu'il avait suivie en matière de transaction, abonde dans le sens de l'affirmative. A ses yeux, un jugement constitue un des meilleurs titres que l'on puisse trouver : *optimus titulus est,* dit-il, et il s'appuie pour le soutenir sur la loi II, au Digeste, *de acquirendo rerum dominio,* où nous lisons ce membre de phrase : « *juste possidet qui ex autoritate prætoris possidet.* » La loi 3, § 1, D., *de Publiciana in rem actione,* lui fournit aussi un argument dans ce passage d'Ulpien : « *ita ut si res ex causa judicati sit tradita.* » Ce système, qui est aussi celui de Ferrières (2), a été sanctionné par deux arrêts de la cour de cassation (3) en date des 21 février 1827 et 14 juillet 1835.

(1) Laurent, *Prescription,* n° 403.
(2) Ferrières, p. 1013, n° 19.
(3) Sirey, 27. 1. 451. — 35. 1. 754. — D. A. pres., p. 234.

Digitized by Google

Dans l'espèce soumise à la cour en 1827, il s'agissait de biens appartenant à un nommé Dumary, biens que l'Etat avait fait séquestrer en 1792. En l'an III une commune, où se trouvaient ces biens, les revendiqua comme siens. Une sentence arbitrale intervint, à la suite de laquelle la commune fut déclarée propriétaire et envoyée en possession. En 1819, la dame de Masley forma tierce opposition à la sentence, comme n'y étant pas représentée, malgré son intérêt de seule et unique propriétaire. Mais, par un arrêt de la cour d'Amiens du 18 juin 1823, il fut décidé que le jugement obtenu par la commune était un juste titre et qu'il suffisait pour fonder la prescription, qui était acquise en 1819. — On forma un pourvoi contre cette sentence, et on soutint que la tierce-opposition dure trente ans, et que d'ailleurs un jugement ne saurait être considéré comme un juste titre, car il n'est que déclaratif de droits préexistants et ne saurait accorder des droits nouveaux. Le pourvoi fut rejeté, sous prétexte que la sentence rendue formait un titre attributif de propriété utile à prescrire.

Quant au second arrêt, conçu en des termes non moins absolus, il est le développement de cette même idée : qu'un jugement passé en force de chose jugée et contradictoire est, aux yeux de la loi, un juste titre.

Ces deux arrêts semblent donner bien nette-

Digitized by Google

ment l'opinion de la cour de cassation à cette époque. Cependant MM. Aubry et Rau (1) en doutent, et croient qu'il faut rechercher la cause de ces décisions dans les faits exceptionnels qui leur ont donné naissance. Ces deux arrêts, disent-ils, sont intervenus dans des espèces où il s'agissait de sentences arbitrales rendues avant le code Napoléon, c'est-à-dire à une époque où la prescription, commencée sous l'empire des lois anciennes, devait être réglée conformément à ces lois, ainsi que l'indique l'art. 2281 c. c. Or, on admettait assez généralement dans notre ancienne jurisprudence que le titre n'était exigé que comme élément de la bonne foi, et que la *justa opinio dominii quæsiti* pouvait suffire, même en l'absence d'un véritable titre d'acquisition, pour fonder l'usucapion par dix à vingt ans.

En se plaçant à ce point de vue, il est peut-être possible de justifier ces deux arrêts; mais il ne nous semble pas que la cour de cassation se soit placée, pour les rendre, sous l'empire de l'art. 2281.

Quoi qu'il en soit, nous repoussons le système qui consiste à dire qu'un jugement forme un juste titre. Cela ne peut être, parce que, en principe, les jugements ne sont pas translatifs de propriété; ils déclarent seulement quels sont les

(1) Aubry et Rau, t. II, p. 377, n° 5.

Digitized by Google

droits des parties. — On a voulu, dans l'opinion que nous repoussons, tirer un argument de la théorie du contrat judiciaire, et l'on tient le raisonnement suivant :

Je revendique un immeuble; le jugement ordonne le délaissement de l'héritage litigieux. Par suite du contrat judiciaire, dit-on, qui s'est formé, mon adversaire et moi nous nous sommes soumis à la décision du juge, et il y a là un concours de consentement qui sert de base à un titre. Mais c'est là un raisonnement plus spécieux que réel, car les parties, en formant ce contrat sur une action en revendication, ne reconnaissent au juge que le pouvoir de déclarer les droits du véritable propriétaire, et ne l'autorisent nullement à transférer ces droits à celui auquel ils n'appartiendraient plus. L'intention de transférer la propriété ne peut donc pas plus exister chez le juge, qui n'en a pas mission, que chez la partie condamnée, qui ne fait que se soumettre. L'intention d'acquérir ne saurait se rencontrer davantage chez celui qui a obtenu gain de cause, puisque sa prétention implique qu'il se regardait déjà comme propriétaire. Donc le jugement ne saurait créer un titre de propriété; il ne peut que constater simplement quel est celui des plaideurs qui invoque à bon droit le titre en vertu duquel il revendique l'immeuble, et il intervient pour constater, sanctionner ce titre préexistant et lui assurer une force obligatoire. Cette opinion est généralement enseignée par les auteurs.

Digitized by Google

Mais si, en principe, les jugements sont simplement déclaratifs des droits des parties, cependant, par exception, certains jugements sont translatifs de propriété et forment un juste titre; nous voulons parler des jugements d'adjudication. Il pourra en être de même de ce qu'on appelle des jugements convenus, qui ne font que constater le contrat intervenu entre les parties, et qui peuvent ainsi renfermer des déplacements de droits et former le titre utile pour prescrire.

Du partage. — Peut-on considérer le partage comme un juste titre, au point de vue de la prescription décennale? — Pour résoudre cette question, il faut bien se pénétrer de la nature du partage dans notre droit français, et tomber d'accord sur la portée que l'on doit donner à à l'art. 883 c. c., ainsi conçu : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. »

MM. Aubry et Rau (1) expliquent ainsi la pensée du législateur : « Le partage a pour effet de transformer les droits de propriété compétant aux divers cohéritiers, d'une manière indivise, sur l'hérédité tout entière en un droit de propriété exclusive, portant pour chacun d'eux sur

(1) Aubry et Rau, t. VI, § 623.

Digitized by Google

les objets tombés dans son lot. Cette transformation a lieu avec effet rétroactif au jour où l'indivision a commencé. » Et plus loin, étudiant de plus près les caractères du partage, ils nous font observer qu'il n'est à vrai dire ni simplement déclaratif comme un jugement, ni translatif comme une vente ou un échange. Il n'est pas simplement déclaratif, puisqu'il transforme un objet indivis sur la totalité de la chose commune en un droit exclusif sur une partie matériellement déterminée de cette chose. Il n'est pas véritablement translatif, puisque chaque copartageant se trouvait, dès avant le partage, investi d'un droit indivis dans chaque atome de la portion matérielle qui lui est attribuée. Mais si l'on pénètre au fond des choses, on s'aperçoit que le partage, dont les effets rétroagissent au jour de l'établissement de l'indivision est plutôt « dévestitif qu'investitif », c'est-à-dire qu'il en ressort bien moins l'idée d'une translation de propriété en faveur de tel ou tel cohéritier que d'une renonciation des copartageants sur la part qui leur compète dans l'indivision. Or si telle est bien l'analyse de l'art. 883; si la fiction qui y est contenue doit être considérée comme une règle et non comme une exception; si le partage, loin de transférer un droit aux copartageants, se contente seulement de déclarer quels sont les droits qu'ils sont censés avoir depuis que l'indivision a commencé, et sur ces points le doute ne nous semble pas permis, il faut décider que le partage ne peut pas servir de titre

Digitized by Google

permettant d'arriver à la prescription décennale.

La cour de cassation a fait application de ces principes dans l'espèce suivante, qui est assez remarquable : un père fait donation à son fils d'un immeuble dont il était possesseur de mauvaise foi et sans titre. Le fils rapporta l'immeuble dans la succession de son père, puis il le reçut dans son lot. Pouvait-il prescrire? Il le pouvait comme donation, puisque la donation est un juste titre; mais la donation avait été résolue par le rapport, et l'immeuble était revenu entre ses mains en vertu du partage. Il restait donc possesseur sans titre et de mauvaise foi, telle est la décision de la cour (1).

Il peut se faire cependant que le partage contienne un titre translatif, et par conséquent un juste titre. Il en sera ainsi dans le cas d'un partage d'ascendants fait par donation entre vifs. Le partage se confond alors avec la donation : il y a autant d'acquisitions distinctes que de personnes désignées dans l'acte de donation partage. Le partage constitue bien alors un juste titre, le titre *pro donato*. De plus, les descendants en faveur desquels un ascendant a partagé ses biens par donation entre vifs n'étant que des successeurs à titre particulier, ils pourront commencer dans leur personne la prescription de dix à vingt ans.

Le partage constituerait encore un juste titre

(1) Rejet, 27 août 1835, Dalloz, *Presc.*, n° 909.

Digitized by Google

dans le cas où l'un des cohéritiers cèderait à son cohéritier des biens qui lui reviennent, en paiement de ce qu'il lui doit. Cet abandon est bien un juste titre, car il peut être considéré comme une dation en paiement.

Du contrat de société. — D'après l'art. 1832, la société est un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de mettre quelque chose en commun, dans le but de partager le bénéfice qui pourra en résulter.

Il faut donc dans toute société un apport qui constitue le patrimoine social, apport qui consiste dans la mise en commun, soit de capitaux, soit d'immeubles, soit de l'industrie de chacun des associés. La mise en société de l'apport a pour effet de substituer la société dans la propriété de la chose à l'associé; le contrat de société est donc translatif de propriété, il constitue un juste titre. Ce principe semble couler de source et devoir être admis sans difficulté; son application cependant donne lieu à de sérieuses contestations.

Ainsi, supposons qu'un des associés apporte dans la société un immeuble qui ne lui appartient pas et sur lequel il sait n'avoir aucun droit : pourra-t-il y avoir juste titre pour la prescription décennale? oui, à notre avis.

En effet, l'associé a eu l'intention d'aliéner, la société a eu l'intention d'acquérir, et la transmission immédiate de la propriété aurait eu lieu si l'associé avait été propriétaire de l'immeuble

Digitized by Google

dont il a fait l'apport. Par conséquent, nous trouvons ici les conditions du juste titre réunies, sauf à se préoccuper de l'influence que peut avoir la mauvaise foi de celui qui a fait l'apport; mais il nous semble que cette influence ne saurait s'étendre à la société entière et sera restreinte à l'auteur seul de mauvaise foi, contre lequel on pourra s'en prévaloir si l'immeuble en question tombe dans son lot.

Troplong (1) et Delvincourt (2) combattent cette opinion. Au premier abord cependant, Troplong semble admettre notre théorie : « Le contrat de société, nous dit-il, est translatif de propriété pendant qu'il dure; il attribue à l'être moral que forme la réunion des associés la propriété des mises apportées par chacun d'eux. A sa dissolution et lors du partage, il peut faire acquérir à l'un des associés les choses que les autres associés avaient mises en commun. » Mais, plus loin, il ajoute qu'il lui paraît difficile, sinon impossible, que le contrat de société puisse servir de base à la prescription décennale. C'est qu'à ses yeux une réunion d'individus ne peut avoir un privilège, un droit que n'auraient pas individuellement les membres qui la composent. Le vice dont était entachée la possession de l'associé, pénètre forcément dans la possession sociale, ce qui rend la prescription décennale impossible. La société en

(1) Troplong, *De la Presc.*, t. II, § 884.
(2) Delvincourt, t. II p. 654.

Digitized by Google

effet ne fait que succéder à l'associé; elle continue sa possession et prend son titre tel qu'il se trouve.

Ce système prend sa source dans cette idée que la société ne commence pas une possession nouvelle, mais ne fait que continuer la prescription déjà entamée par l'associé qui lui transmet la chose, si toutefois cette prescription est possible. Nous croyons, au contraire, que dans le dessaisissement opéré par l'associé au profit de la société, il y a eu réellement une translation de propriété, et que l'on doit voir par suite dans la possession de la société une possession distincte de celle de chacun des associés, qui ne saurait être viciée par la mauvaise foi d'un seul.

L'art. 2227 c. c. vient encore à l'appui de notre raisonnement. Il est dit dans cet article que l'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent également les opposer. Or cette disposition serait parfaitement inutile si la mauvaise foi d'un seul pouvait suffire à vicier une possession. On voit donc à quelles conséquences peut mener la théorie que nous repoussons.

Concluons donc que le contrat de société peut former un juste titre, et que la société peut prescrire par dix à vingt ans.

Digitized by Google

II.

Du titre putatif.

On entend par titre putatif, le titre qui n'existe pas en réalité, mais que l'on croit exister pour des motifs plausibles. On s'est demandé si cette croyance erronée pouvait suffire pour fonder la prescription de dix à vingt ans; en d'autres termes, si le titre putatif pouvait suppléer le titre réel. En droit romain, on discutait la valeur du titre putatif; Justinien nous dit bien dans ses Instituts (L. II. 6. et 11) que la croyance erronée à une juste cause n'engendre pas l'usucapion; mais nous constatons au Digeste la trace de controverses : ainsi la loi 9, Liv. 41, 8, nous présente une hypothèse où l'on nous dit qu'après bien des discussions, on avait fini par admettre l'usucapion sur un titre putatif. Voici l'espèce prévue dans la loi : Primus fait dans son testament un legs au profit de Secundus; puis, à l'insu de ce dernier, il révoque ce legs. Secundus, de bonne foi, prend possession de son legs; il pourra usucaper.

Cette solution dans la matière nous semble représenter exactement la théorie romaine.

Dans notre ancien droit français, la question était aussi fort controversée.

D'Argentrée (1) enseignait que la décision des

(1) D'Argentrée, sur l'art. 266 de la coutume de Bretagne, ch. 1, n° 6, p. 899.

Digitized by Google

jurisconsultes romains ne devait pas être suivie dans les pays de coutume, parce que les coutumes exigent d'une façon formelle un juste titre et l'on ne saurait considérer comme tel un titre putatif. Il faut qu'on fasse une différence entre celui qui a acquis réellement et celui qui seulement croit avoir acquis : l'erreur ne peut jamais faire droit.

Lemaître (1), dans son commentaire sur la coutume de Paris, émet des idées analogues. Il invoque l'esprit de la loi, et ne croit pas qu'on puisse rien changer à sa disposition dans une matière aussi grave où il s'agit de faire acquérir à quelqu'un le bien d'autrui et d'en dépouiller le véritable propriétaire.

Pothier (2), au contraire, s'élève avec force contre cette théorie, et s'étonne que l'on ait même songé à abandonner les traditions romaines : « L'opinion, dit-il, qu'a le possesseur que sa possession procède de quelque juste titre, quoiqu'elle soit fausse, est elle-même un juste titre. Un tel possesseur peut donc dire qu'il est dans les termes de la coutume de Paris et qu'il a possédé à juste titre. La coutume de Paris en l'article 113 et les autres coutumes semblables n'ont entendu faire autre chose, qu'adopter la décision du droit romain sur la prescription de dix à vingt ans. Les dispositions de ces coutumes doivent donc s'entendre et s'interpréter suivant les

(1) Lemaître, sur la coutume de Paris, titre VI, chap. I, sect. I.

(2) Pothier, *de la Prescription*, nos 95-97.

Digitized by Google

principes du droit romain, lorsque rien n'oblige de s'en écarter. »

A la suite de son opinion, il cite l'exemple suivant, qu'il emprunte à Africain : Je donne mandat de m'acheter un fonds de terre ; le mandataire me livre le fonds et dit l'avoir acheté bien qu'il n'y eût pas de vente : le mandat que j'avais donné est pour moi un juste sujet de croire que la chose a été achetée. Voilà, dit-il, un titre putatif, et ce titre doit certainement être aussi bon à certains points de vue qu'un titre réel ; il doit pouvoir me servir pour prescrire.

Nous n'hésitons pas à repousser l'opinion de Pothier, et nous croyons qu'elle devait être rejetée même dans l'ancien droit. Ce qui semble échapper à Pothier, c'est la différence entre le droit français et le droit romain. — A Rome il n'existait pas de règles bien précises et bien formelles en matière de juste titre ; on s'en rapportait beaucoup à l'équité, aux circonstances de fait, à la conscience des juges. Ceux-ci avaient à décider d'une façon à peu près souveraine, et pour le faire ils prenaient surtout pour point de départ la bonne foi du possesseur, et examinaient si elle était ou non plausible. Sans doute, en principe, le juste titre et la bonne foi devaient être réunis ; mais on n'en faisait pas une condition essentielle, *sine qua non,* comme dans la coutume de Paris, où l'article 113 est bien formel : « Si aucun n'a joui et possédé héritage à *juste titre* et de bonne foi..... » Les deux condi-

Digitized by Google

tions ici sont également formulées et doivent, par suite, être admises de la même façon : elles doivent concourir.

Si maintenant de notre ancien droit nous tombons dans notre droit moderne, nous sommes frappé des expressions précises de l'article 2265 : « Celui qui acquiert de bonne foi et par *juste titre* un immeuble en prescrit la propriété..... »

Est-il possible ici de venir contester la nécessité d'un titre réel et de la bonne foi? Sur quelle autorité pourrait-on se baser pour supposer que la croyance à un juste titre, qui n'existe pas en réalité, quelque loyale et sincère qu'elle soit, puisse suffire? — Les travaux préparatoires d'ailleurs repoussent toute supposition semblable; l'orateur du gouvernement, Bigot-Préameneu, s'exprimait en effet en ces termes au sujet de notre article : « Nul ne peut croire de bonne foi qu'il possède comme propriétaire, s'il n'a pas un juste titre, c'est-à-dire s'il n'a pas un titre qui soit de sa nature translatif du droit de propriété et qui soit d'ailleurs valable. » Dans l'ancienne jurisprudence, on confondait parfois, comme en droit romain, le juste titre avec la bonne foi, en ce sens que le titre pouvait n'être considéré que comme un moyen de prouver la bonne foi du possesseur; et avec cette doctrine il n'était pas étonnant que le titre putatif fût considéré comme suffisant. Mais le code ne s'en contente pas; en dehors de la bonne foi il veut un juste titre, et si le titre putatif peut ser-

Digitized by Google

vir à prouver la bonne foi, il ne saurait tenir lieu du titre réel. — La prescription de dix à vingt ans est une prescription de faveur, elle doit donc s'interpréter strictement; on ne peut l'accorder qu'à une personne à l'abri de tout reproche, dont le droit doit reposer sur des éléments sérieux. Nous estimons, par conséquent, qu'on ne peut trouver dans une erreur un titre suffisant pour acquérir la propriété d'autrui; le titre doit s'appliquer en réalité, et non pas d'une manière putative. Un titre putatif serait d'ailleurs un titre fictif que l'on admettrait pour les besoins de la cause, et il n'appartient qu'au législateur de créer des fictions, et de déterminer les conditions qui doivent les rendre admissibles; et il ne l'a pas fait.

En matière d'acquisition de fruits cependant, nous admettrons que le possesseur de bonne foi pourra par son titre putatif suppléer le titre réel qui lui manque. Les articles 549 et 550 c. c. autorisent cette solution : « Le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi....

« Le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices..... »

Une décision contraire eût entraîné la ruine du possesseur qui, confiant dans son titre, aurait largement dépensé les fruits et les revenus de la propriété.

Il ne faudrait pas confondre l'hypothèse d'une

Digitized by Google

possession sans titre réel avec celle qui se présenterait dans le cas où un acte, par exemple, ne désignerait pas toutes les parties de l'héritage qui fait l'objet de la vente. Il y a titre pour toutes les choses comprises dans le contrat, sauf à prouver que telle ou telle pièce de terre fait réellement partie de l'immeuble et se trouve comprise dans la vente. La cour de Bourges avait rejeté une demande de preuve dans l'espèce suivante : une donation avait été faite d'une terre avec cette mention « telle qu'elle s'étend, poursuit et comporte ». Un tiers ayant voulu revendiquer une pièce de cette terre, qui avait toujours été considérée comme une dépendance du domaine donné, le donataire opposa la prescription. — Cette exception fut repoussée, sous le prétexte que le titre ne comprenait pas la désignation de l'objet litigieux. — Sur le pourvoi, l'arrêt de la cour de Bourges fut cassé, parce que, dit la cour de cassation, lorsqu'il s'agit d'un domaine ou d'un corps de ferme, il n'est pas nécessaire pour transférer la propriété des diverses pièces comprises dans le titre, que l'acte les désigne toutes nominativement; il suffit de la désignation de la ferme ou du domaine, sauf à prouver que toutes les pièces de terre dont il se compose se trouvent comprises dans les jouissances et font partie de l'exploitation cédée. Or dans l'espèce, le demandeur offrait de prouver que la pièce litigieuse était comprise dans la terre donnée (1). C'est à tort que l'on verrait donc

(1) Cassation, 31 janv. 1837, D. A. *Præs.*, n° 882, vente n° 651.

Digitized by Google

dans le manque d'énumération des pièces faisant partie du domaine l'absence d'un titre réel et un titre putatif au profit du possesseur de bonne foi. — La cour de Bourges, en rejetant la preuve, avait violé l'article 2263.

Il existe cependant une hypothèse remarquable dans laquelle on attribue au titre putatif les mêmes effets qu'au titre réel, pourvu qu'il soit accompagné de la bonne foi. Elle a sa source dans le droit romain et se présente en matière de mariage. A Rome, lorsqu'un homme libre avait épousé une esclave ignorant son état, s'il avait reçu en dot un bien qui n'appartenait pas à sa femme, on admettait que, si l'erreur était excusable, le mari pouvait se prévaloir de la prescription.

Dans notre droit, nous voyons que le mariage putatif peut, aux termes de l'art. 201 c. c., produire les effets civils du mariage valable, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants.

III.

Le titre doit être valable.

Un titre peut être entaché soit d'une nullité de forme, soit d'une nullité de fond.

Voyons d'abord le cas où le titre est entaché d'une nullité de forme. Aux termes de l'article 2267 c. c., « le titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription de dix à vingt ans. » Cette disposition est loin d'être

Digitized by Google

aussi claire qu'elle en a l'air. Quel est le défaut de forme visé ici par le législateur? Aucune distinction n'est faite; mais elle résulte de la nature même de la condition exigée pour prescrire : il n'est pas dit en effet que l'*acte* doit être valable en la forme, mais que le *titre* nul pour défaut de forme ne peut servir de base à la prescription. Or une démarcation bien grande existe entre l'acte et le titre : l'acte est l'écrit qui sert à constater le titre, qui lui sert de preuve; le titre est le fait juridique lui-même par lequel la propriété est transférée. L'acte peut être parfaitement nul sans que le titre le soit, et il en sera ainsi généralement, sauf dans les contrats solennels ou dans les testaments. Certains modes d'aliénation, en effet, sont soumis à des formalités sans lesquelles ils ne peuvent produire aucun effet. C'est à des hypothèses relatives à des formalités prescrites à peine de nullité par la loi que se réfère la règle posée par l'art. 2267. Il faudra donc, pour l'application de cet article, se demander si la forme était prescrite *ad solemnitatem* ou *ad probationem tantum*.

Ainsi, supposons qu'une formalité prescrite *ad solemnitatem* n'a pas été accomplie : le titre n'existe pas, il n'a aucune force, il ne peut conférer aucun droit, il ne fait preuve d'aucun fait. Or l'art. 2265 exige non-seulement un titre, mais encore un juste titre. *Justus titulus non est titulus invalidus*, dit Pothier (1).

(1) Pothier, *Pand.*, t. 3, p. 147, nº 66.

Digitized by Google

Les dispositions de l'art. 2267 peuvent encore se justifier par une autre considération. On sait que, d'après l'art. 2265, il faut, outre le juste titre, la bonne foi. Or un vice de forme est toujours apparent. Comment pourrait-il se retrancher derrière sa bonne foi celui qui ne se serait pas aperçu d'un vice semblable? C'était à lui à prendre toutes les précautions nécessaires, à s'entourer de conseils propres à lui faire éviter des fautes aussi lourdes; il devait enfin veiller à l'exécution des formalités prescrites par la loi. S'il ne l'a pas fait, sa bonne foi ne repose pas sur une erreur plausible.

Donc, à ce point de vue encore, l'art. 2267 a raison de dire que le titre nul pour défaut de forme ne peut servir de base à la prescription. « *Simili modo,* dit d'Argentrée (1), *qui spretis solemnibus his, quæ in cujusque rei alienatione pro forma requiruntur, contraxerunt, malæ fidei sunt, qui a minore sine tutoris auctoritate, aut decreto ab ecclesia emerunt, ejusmodi sunt.* »

Mais, laissons ici de côté la bonne foi, nous n'avons à nous occuper que de l'influence des causes de nullité sur la valeur des titres.

Prenons d'abord la donation. Si elle est faite en dehors des prescriptions de la loi, sans l'intervention d'un notaire par exemple, contrairement aux dispositions de l'art. 931, elle ne pourra, sans nul doute, servir de base à la prescription décennale. Le donateur ne peut réparer

(1) D'Argentrée, sur l'art. 269, p. 1234.

Digitized by Google

par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle soit refaite en la forme légale, dit l'art. 1339. Le principe est admis sans difficulté; mais, dans la pratique, on se heurte assez fréquemment contre la disposition anomale de l'art. 1340, qui est la source de contestations nombreuses.

En effet, après les termes formels de l'art. 1339, qui déclare que la donation nulle en la forme n'a aucune espèce de valeur, l'art. 1340 vient donner une force latente à la donation exécutée dans ces conditions. Les héritiers ou ayants-cause du donateur, dit cet article, renoncent à opposer les vices de forme, ou toute autre exception, par la confirmation ou ratification, ou exécution volontaire d'une donation. Il en résulte que l'acte que d'un côté on est disposé à considérer comme inexistant, en vertu de l'art. 1339, qui exige qu'il soit refait en la forme légale pour acquérir une valeur, peut cependant d'un autre côté, et à l'égard de certaines personnes, être susceptible de confirmation.

Sans chercher autrement à expliquer cette contradiction apparente, examinons les conséquences de cette théorie, et demandons-nous si une donation exécutée par les héritiers du donateur conformément à l'art. 1340, peut servir de base à la prescription. La question est vivement controversée. D'après certains auteurs (1),

(1) Delvincourt, II, p. 652; Duranton, XXI, 379 et 380; Aubry et Rau, t. II. § 218.

Digitized by Google

la confirmation ou l'exécution volontaire par les héritiers du donateur ne leur confère jamais le caractère de juste titre, et ne prive pas le véritable propriètaire du droit d'exciper de la nullité, dont il se trouve toujours vicié à son égard, pour repousser l'usucapion par dix à vingt ans invoquée contre lui.

Les nullités de forme, prévues par l'art. 2267, sont, dit-on, des nullités absolues, qui peuvent être invoquées par tous les intéressés, bien que les héritiers du donateur aient renoncé à les proposer : ceux-ci, en vertu de l'art. 1338 c. c., ne peuvent préjudicier à leurs droits.

D'autres auteurs (1) estiment, au contraire, que la nullité de forme couverte par la partie intéressée à s'en prévaloir, formera pour le possesseur un juste titre auquel on ne sera pas fondé à opposer l'art. 2267.

Par exemple, Primus fait à Secundus une donation contrairement aux prescriptions de l'art. 931. L'héritier naturel de Primus consent, au décès de celui-ci, à considérer la nullité comme non avenue, et fait à Secundus la délivrance de l'objet donné. Rien n'empêchera ce dernier de prescrire par dix à vingt ans.

A l'appui de ce système, on invoque l'art. 1340, qui, dit-on, permet la confirmation ou la ratification de la donation. Or, s'il en est ainsi, une fois confirmée, elle doit produire les mêmes

(1) Vazeille, II, 484; Troplong, II, 901; Zachariæ, § 217; Laurent, t. XXXII, n° 392.

Digitized by Google

effets que toute donation valable; elle peut donc servir de juste titre.

Quant à l'argument tiré de ce principe de droit qui défend de préjudicier aux droits des tiers, on le réfute ainsi : L'art. 1338, dit-on, signifie simplement que si des tiers ont acquis un droit dans la chose en vertu de l'acte nul, cet acte ne peut pas leur enlever un droit acquis. Or le propriétaire de la chose donnée n'a pas un droit résultant de la donation; son droit est antérieur à l'acte, et il peut le faire valoir, malgré l'acte, en revendiquant la chose, puisque la donation est pour lui *res inter alios acta*.

Cet acte lui étant étranger, on ne peut pas dire que la donation lui donne un droit quelconque; par conséquent, on ne se trouve pas dans les termes du principe formulé par l'article 1338.

Nous le voyons, les deux systèmes sont défendus par des arguments sérieux, et le doute est bien permis dans la matière.

Nous croyons cependant que la première opinion se justifie mieux que la seconde; et, pour bien des motifs, nous n'hésitons pas à conclure que le titre nul pour vice de forme sera, malgré la confirmation de l'héritier ou ayant-cause du donateur, impropre pour la prescription décennale.

Sans doute l'art. 1340 admet une ratification, une confirmation de l'acte; mais ne perdons pas de vue que c'est là une disposition exceptionnelle, anomale. Le principe général se trouve

Digitized by Google

dans l'art. 1339, et dans le doute on ne doit pas hésiter à y recourir. Or, s'il en est ainsi de l'art. 1340, il en est encore de même de l'art. 2265, qui, lui aussi, est un article exceptionnel, contraire au droit commun. Il ne faut pas oublier qu'il s'agit de dépouiller le véritable propriétaire, celui qui a sur la chose des droits acquis et certains; il est donc nécessaire d'être prudent dans l'admission du juste titre exigé par l'art. 2265.

Nous croyons d'ailleurs que l'argument tiré de l'art. 1338 conserve sa valeur, malgré les détours qu'on a cherchés pour s'y soustraire. Nous ne prétendons pas certainement que le propriétaire de la chose donnée ait un droit résultant de la donation; nous ne contestons pas qu'il soit étranger à l'acte passé : mais qu'est-ce à dire? n'y a-t-il pas un préjudice pour lui dans la confirmation de l'acte nul? n'est-il pas certain qu'il avait un droit acquis au moment de la confirmation? Et c'est ce droit qu'on voudrait lui enlever, contrairement aux dispositions de la loi, qui ne veut pas qu'on porte atteinte à l'intérêt des tiers.

L'art. 1340 permet de rendre la donation valable à l'égard de ceux qui l'ont confirmée, mais elle ne va pas au-delà; elle laisse intact le droit de tous les intéressés, qui peuvent se prévaloir de sa nullité et invoquer le principe général de l'art. 1339.

Enfin, l'art. 2267 lui-même ne suppose-t-il pas que le titre nul a été exécuté? Sa disposition serait autrement bien inutile, car du moment

Digitized by Google

que l'art. 2265 exige un juste titre pour prescrire, il n'était pas besoin d'ajouter qu'un titre nul ne peut servir de base à la prescription; il faut évidemment y ajouter : alors même qu'il aurait été confirmé.

Faut-il appliquer aux legs le principe qui régit les donations? Oui, à notre avis, le legs est inexistant lorsque le testament est nul en la forme; donc il ne constitue pas un juste titre. Ici encore on soulève la même difficulté, et l'on se demande si dans le cas où le legs a été exécuté et le légataire mis en possession, il pourra y avoir un juste titre. Cette exécution a-t-elle purgé le vice originaire? Nous ne le croyons pas. La tradition cependant semble contre nous. Pothier (1) enseigne que le legs nul en la forme, confirmé par l'héritier, devient un juste titre; le légataire, d'après lui, acquiert la propriété par l'exécution que l'héritier fait du testament, et la possession utile à la prescription dans le cas où la chose n'appartenait pas à l'héritier. Il se fonde surtout pour le soutenir sur la loi 9, au Digeste, *pro legato* (XLI, 8), qui constate *post magnas varietates* le succès de cette doctrine.

Aujourd'hui on se base surtout sur l'art. 1340, dont, par analogie, on étend l'application aux legs. Nous avons repoussé, quant à nous, l'application de cet article aux donations elles-mêmes; à plus forte raison devons-nous le faire pour les legs, car nous n'admettons pas, au surplus,

(1) Pothier, *De la Presc.*, n° 88.

Digitized by Google

qu'une disposition aussi exceptionnelle que celle de l'art. 1340 puisse avoir une extension aussi aisée. Si donc l'héritier remet la chose léguée au légataire, il n'exécute pas ce legs, qui n'a et ne peut avoir aucune valeur ; il fait une libéralité nouvelle, qui, pour être valable, doit se conformer aux dispositions de la loi.

Nous avons dit ci-dessus que certaines formalités étaient prescrites *ad solemnitatem,* d'autres *ad probationem tantum.* Et nous avons vu que l'art. 2267, d'après la façon dont il est conçu, aussi bien que d'après son esprit, comprenait les premières, mais non les secondes dans sa disposition. Lorsque la forme est requise *ad probationem tantum,* la nullité résultant du défaut de forme ne porte que sur la preuve, mais n'affecte en rien la validité du titre. La prescription de dix à vingt ans reste donc possible, à la charge de prouver le titre par d'autres moyens : ainsi une vente consentie *a non domino,* et que les parties ont voulu constater par acte sous seing privé. L'art. 1323 prescrit dans ce cas plusieurs formalités à remplir ; par exemple, il doit y avoir autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Supposons qu'un seul original ait été dressé : le possesseur ne pourra invoquer l'acte sous seing privé comme preuve de contrat ; mais le contrat en lui-même n'en sera pas moins valable, sauf à en faire la preuve. On pourra y arriver en invoquant des témoignages, conformément aux art. 1341 et suivants ou 1348, soit

Digitized by Google

encore par l'aveu (1354 et suiv.) ou le serment (1358).

Cette opinion est généralement admise : on se demande toutefois si un titre vicié dans sa forme, prescrite *ad probationem tantum*, n'empêchera pas la bonne foi. Mais ce point ne rentre pas dans l'examen du juste titre, car on peut fort bien avoir un juste titre et être de mauvaise foi.

La jurisprudence le plus souvent confond toutes les formes et leur applique à toutes indistinctement la disposition de l'art. 2267. Ainsi il a été jugé que l'on ne pouvait considérer comme un juste titre, une expédition d'un acte de vente notarié dont la minute n'était signée ni par le vendeur ni par les témoins; la cour d'Angers (1) conclut que le titre était nul pour défaut de forme, parce qu'il ne pouvait valoir ni comme acte authentique, ni comme acte sous seing privé.

C'était confondre la preuve avec le titre. Le législateur n'exige pas, en effet, que le titre soit constaté par écrit pour servir de base à la prescription : la vente est parfaite, aux termes de l'art. 1583, par le simple consentement des parties ; il forme dès lors un titre valable, complètement indépendant d'un écrit qui ne peut intervenir que pour sa constatation et non pour sa perfection.

(1 Angers, 19 mars 1825, Dalloz V° *Presc.*, n° 900.

Digitized by Google

L'art. 2267 n'est donc pas applicable à toutes les nullités de forme.

A côté des nullités de forme il existe des nullités de fond, il y a des vices intrinsèques qui peuvent affecter un titre. L'art. 2267 se contente cependant de dire qu'un titre nul par défaut de forme ne peut servir de base à la prescription. Cette disposition ainsi conçue semble avoir un sens restrictif, et n'appliquer la nullité du titre que lorsque la forme est vicieuse. Il est certain cependant que cet article n'est qu'une application incomplète et malheureuse d'un principe général, et que l'on aurait dû ainsi formuler l'art. 2267 : Le titre nul ne peut servir de base à la prescription, lors même que la nullité proviendrait d'un vice de forme. Mais quelles sont ces nullités de fond? Devant le silence gardé par le code, des discussions interminables sont nées sur ce point, et des distinctions nombreuses ont été proposées. Nos anciens auteurs surtout se sont livrés aux joûtes les plus brillantes.

Barthole commence par établir une distinction entre les nullités d'ordre public et d'ordre privé. Mais lorsque de la théorie il veut passer à des applications pratiques, il se perd dans des énumérations et des démonstrations qui deviennent à peu près inintelligibles. Troplong nous dit qu'Imola, voulant tenter, à son tour, de jeter un peu de lumière sur ces questions, finissait, après trente pages in-folio de classifications et

Digitized by Google

de limitations, par demander au pape une interprétation législative sur ce problème de jurisprudence.

D'Argentrée (1) constate que des difficultés nombreuses règnent dans cette matière, et, sauf quelques légères modifications, il se contente de reproduire la même distinction que Barthole. Il est assez difficile de puiser dans ses démonstrations des idées précises sur l'application des principes aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

Dunod (2) suit la théorie de Barthole et de d'Argentrée; il réussit toutefois à éclaircir un peu la question. Il fait une distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives. Les premières sont fondées sur des raisons d'intérêt public, et peuvent être opposées par tout le monde; les autres sont basées sur l'intérêt privé, et ne peuvent être opposées que par ceux dans l'intérêt desquels la loi les a conservées : il en résulte que dans ce dernier cas le propriétaire ne peut s'en prévaloir, et que le possesseur peut, par suite, opposer la prescription au propriétaire malgré la nullité de son titre.

Dunod nous donne comme exemples de nullité fondée sur l'intérêt public : les conventions défendues par la loi, les contrats qui ont une cause déshonnête, les dispositions contraires aux lois pénales ou celles qui sont relatives à des choses

(1) D'Argentrée, sur Bretagne, art. 266, p. 1007.
(2) Dunod, *De la bonne foi*, p. 47.

Digitized by Google

placées hors du commerce. Le premier et principal objet d'une loi doit être le bien de la société; il faut donc chercher à conserver les choses et les droits qui appartiennent au public. « La nullité qui résulte de la prohibition établie dans l'intérêt public, dit Dunod, est absolue, parce que la loi résiste continuellement et par elle-même à l'acte qu'elle défend; elle le réduit à un pur fait qui ne peut être ni autorisé ni confirmé, et qui ne produit aucun droit, aucune action ni exception. »

Le titre est frappé dans son essence, c'est une révolte contre la loi; on ne saurait appuyer une prescription sur un titre semblable. Voyez avec quelle autorité d'Argentrée s'élève contre un titre semblable : « *Sunt igitur*, dit-il, *contra prohibitione ex talibus causis factos, omnino et omnium respectu nullæ; nec ex his præscribi potest, quia lex consensum annulat, et ad nihilum redigit actum, negatione et privatione potentiæ, ita ut infectum videatur, effectu juris, quod de facto processit.* »

Comme nullités relatives fondées sur l'intérêt privé, nos anciens auteurs citent comme exemples : la défense d'aliéner les biens dotaux, les biens des mineurs; la défense de contracter sans autorisation ou assistance; etc. Ces prohibitions n'annulent pas absolument les actes qui sont faits au mépris de la loi; elles ne vicient pas tellement le titre qu'il n'ait une existence relative. L'acte est par lui-même translatif de propriété; il peut constituer un juste titre. Il n'est nul que

Digitized by Google

par rapport à certaines personnes qui ont le droit d'en demander la nullité; mais le propriétaire ne peut se prévaloir de cette nullité, parce que elle n'a pas été introduite en sa faveur, et nul ne peut évoquer le droit d'autrui. « *Quod si,* dit toujours d'Argentrée, *eas nullitates non prosequantur illi quorum interest haud dubiè, respectu extraneorum, præscriptiones ex talibus titulis procedent; quos illæ non respiciunt, et appropri-menta perficientur... Sunt igitur nullitates* (*privati respectus semper intelligo*) *præscriptionem impeditivæ respectu eorum quos contingunt; sed respectu extraneorum tales non sunt; quoad quos in promptu est responsio, quoad te liberas ædes habes : et sive dolus insit, qui personnalissimus est, modo extra publicam causam, sive aliud vitii personalis.* »

Telle est donc la théorie de nos anciens auteurs sur les nullités de fond. Nous avons essayé de la dégager autant que possible des complications qui l'entourent, de façon à mettre à nu le principe qu'ils développent et expliquent. Nous n'avons pas mentionné un éminent jurisconsulte de notre ancien droit, nous voulons parler de Pothier : c'est que la doctrine qu'il adopte (1) est à peu près insaisissable; il passe au milieu des lois romaines et des discussions de la jurisprudence sans rien approfondir. Sans doute s'est-il aperçu que le sujet ouvrait un trop libre champ aux controverses, et qu'une solution qui pût s'imposer n'était pas possible.

(1) Pothier, *Prescription*, n° 85.

Digitized by Google

Que faut-il décider sous l'empire du code? La rédaction douteuse de l'art. 2267 donnant libre carrière aux interprétations, il nous semble raisonnable de suivre la distinction, qui nous est transmise par la tradition, entre les nullités absolues et les nullités relatives. « Le titre doit être valable, dit l'orateur du gouvernement dans l'Exposé des motifs; il ne serait pas valable s'il était contraire aux lois, et lors même qu'il ne serait nul que par un vice de forme, il ne pourrait autoriser la prescription. »

Nous admettrons les mêmes causes de nullité absolue, car elles résultent de la nature même des choses : par exemple, les substitutions, les donations à cause de mort, qui sont prohibées virtuellement; les contrats contraires aux mœurs, comme l'achat d'un immeuble litigieux par un magistrat ou un officier ministériel, dans le cas prévu par l'art. 1597; la donation faite, contrairement aux prescriptions de l'art. 909, par un malade au médecin qui l'a soigné dans sa dernière maladie.

Nous dirons également que ces causes de nullité, fondées sur l'intérêt public dans un but social, sont opposables par tous; que, par suite, des contrats entachés d'un vice semblable ne sauraient servir de base à la prescription décennale et mettre obstacle à la légitime revendication du propriétaire.

Pour les nullités fondées sur l'intérêt privé, comme elles ne portent pas une atteinte directe à la loi, et que l'ordre social n'est pas en jeu,

Digitized by Google

nous admettrons qu'elles ne donneront lieu qu'à une nullité relative et que aujourd'hui, comme dans notre ancien droit, certaines personnes intéressées peuvent seules demander cette nullité; tant qu'il n'a pas été attaqué par elles, l'acte doit subsister et être respecté par les tiers.

Citons comme exemples de nullités relatives : la violence, l'erreur, le dol; les défenses d'aliéner les biens des mineurs, de contracter sans l'autorisation du curateur ou du mari; etc. Ainsi, un mineur vend sans remplir les conditions exigées par la loi pour protéger sa minorité et comme s'il était majeur; l'acheteur pourra-t-il opposer au propriétaire la prescription de dix à vingt ans, ou bien se verra-t-il repoussé par l'art. 2267? A notre avis, le contrat de vente, quoique annulable, pourra fort bien être opposé au véritable propriétaire, parce que, nous l'avons dit, les personnes que la loi a voulu protéger sont les seules qui puissent en demander la nullité. Les nullités relatives ne sauraient enlever à un acte de sa nature translatif de propriété, son caractère de juste titre propre à fonder la prescription décennale.

A l'appui de notre opinion, nous pouvons aussi invoquer l'art. 550. Aux termes de cet article, le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les *vices*. Il en résulte qu'un titre vicié peut être translatif de propriété et n'empêche pas de posséder comme

Digitized by Google

propriétaire ; il peut donc constituer le juste titre exigé par l'art. 2265.

On trouve bien un arrêt de la cour de cassation en date du 1er floréal an V (1) qui décide que la vente de biens de mineurs faite sans l'observation des formalités prescrites par la loi ne constitue pas un juste titre. Mais cet arrêt n'est point motivé; il se borne simplement à constater que le titre est vicieux. Nous ne savons donc point ce qui a pu décider la cour suprême à adopter cette opinion. Ajoutons que nous n'avons fait que suivre le système adopté par la presque unanimité des auteurs (2).

L'art. 941, d'après lequel le défaut de transcription des donations des biens immobiliers peut être opposé par toute personne intéressée, soulève la question de savoir si le donataire qui a reçu un immeuble d'un tiers non propriétaire peut prescrire par dix à vingt ans, bien qu'il n'ait pas fait transcrire son contrat. En d'autres termes, le propriétaire des biens donnés peut-il être compris parmi les intéressés dont parle l'art. 941 du code civil? — Nous ne le pensons pas. Quel est, en effet, le but de la transcription? Ce n'est pas d'opérer le transfert de la propriété, puisque, aux termes de l'art. 938, la donation dûment acceptée est parfaite par le seul consentement des parties, et la propriété des objets

(1) Cass. D. A. *Presc.* n° 900.

(2) Delvincourt, II, p. 655. Toullier, VII, 605. Duranton, XXI. 383. Troplong, II. 902. Zachariæ, § 217. Aubry et Rau, t. II, § 218, note 10.

Digitized by Google

donnés est transférée au donataire. La formalité de la transcription a pour but de permettre d'opposer la transmission de propriété à certains tiers. Or ces tiers ne peuvent être que ceux qui auraient acquis des droits réels sur l'immeuble, du chef du donateur, postérieurement à l'acte translatif qu'il a consenti. Il est vrai que l'art. 941 du code Napoléon, rédigé d'une manière plus large que l'art. 3 de la loi du 23 mars 1855, semble donner à toutes personnes qui ont intérêt le droit de se prévaloir du défaut de transcription des donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques. « Mais il est évident, disent MM. Aubry et Rau (1), que ces expressions, qui doivent être entendues *secundum subjectam materiam*, ne comprennent que les ayants-cause du créancier du donateur, et ne sauraient, sous aucun prétexte, être appliquées au véritable propriétaire de l'immeuble donné. » Donc, la transcription ne constituant pas une condition de validité de la disposition, le possesseur n'aura nul besoin d'accomplir cette formalité pour pouvoir invoquer la prescription et se baser sur un juste titre.

La cour d'Agen, dans un arrêt du 24 novembre 1842 (2), a décidé la question dans ce sens, et a admis un donataire dont le contrat n'avait pas été transcrit à se prévaloir de la prescription décennale; elle se base sur ce que la non-trans-

(1) Aubry et Rau, t. II, § 218, note 18.

(2) D. A., V° *Prescription*, n° 886. — Sirey, 1843, 2, 177.

Digitized by Google

cription n'avait pas effacé la qualité de donataire chez le prescrivant, qui peut l'invoquer pour servir de base à sa prescription.

La loi hypothécaire du 23 mars 1855, en exigeant dans son article 3 la transcription des actes translatifs de propriété immobilière, a fait naître une question du même genre, relativement aux aliénations à titre onéreux. L'acheteur peut-il invoquer l'acte de vente, comme fondement de la prescription, si cet acte n'a pas été transcrit? La question est vivement débattue. Nous admettrons, quant à nous, de préférence l'affirmative, comme nous l'avons fait pour les aliénations à titre gratuit. La loi du 23 mars, en effet, ne soumet à la transcription que les actes qui doivent et peuvent par eux-mêmes transférer la propriété : son but est de prévenir les tiers qui pourraient traiter avec le précédent propriétaire. La loi ne veut pas que l'on puisse abuser de leur ignorance; grâce à la formalité de la transcription, ils seront avertis et ils sauront à quoi s'en tenir sur les droits du vendeur. D'ailleurs la propriété de celui qui a reçu un immeuble *a non domino,* et oppose la prescription à la revendication du véritable propriétaire, repose bien plus sur l'usucapion accomplie que sur la vente qui lui a été consentie; car si l'on invoque le contrat passé, ce n'est pas comme titre translatif ayant eu pour but de déplacer la propriété au profit de l'acheteur, mais bien comme juste titre nécessaire, d'après l'art. 2265, pour baser la prescription. En disant donc

Digitized by Google

qu'il est nécessaire que l'acte de vente soit transcrit, on reste à côté de la question, puisque l'acquisition de la propriété est basée sur la possession et non sur la vente. On arriverait à cette conséquence en n'admettant pas notre théorie : c'est que la transcription, si en réalité elle était nécessaire, n'acquerrait sa force qu'au moment où l'usucapion serait accomplie, c'est-à-dire lors du transfert définitif de la propriété; or il résulte bien des articles 3 et 6 de la loi précitée et de son esprit général que la transcription doit produire immédiatement l'effet que la loi y attache.

On voudrait combattre ce système en s'appuyant sur l'art. 3 lui-même, qui permet d'apposer le défaut de transcription à toute personne qui a des droits sur l'immeuble. Mais, nous l'avons déjà dit, le but tout spécial de la loi de 1855 est de consolider le Crédit Foncier, en assurant la sécurité des tiers acquéreurs ou créanciers; or de là à tourner cette disposition en faveur du propriétaire négligent qui a laissé accaparer et prescrire son bien, il y a loin, et nous ne voyons pas comment une pareille intention pourrait se manifester chez le législateur de 1855.

On objecte encore que, aux termes de l'art. 2180, la prescription de dix à vingt ans ne court au profit du tiers détenteur, en ce qui concerne les privilèges et hypothèques, qu'à partir de la transcription de son titre. Or, s'il en est ainsi pour ceux-ci, dit-on, à plus forte raison doit-il en être de même lorsqu'il s'agit du transfert de

Digitized by Google

l'immeuble. Nous ne croyons pas que l'on puisse user ici d'un argument *a fortiori*, car l'art. 2180 est une disposition spéciale qui ne doit pas sortir des limites tracées par le législateur. Il y avait d'ailleurs des raisons sérieuses qui nécessitaient une prescription semblable en matière de privilèges et d'hypothèques, car une simple substitution de personnes dans la détention de l'immeuble hypothéqué n'étant pas pour le créancier un indice certain, suffisant, de la mutation de propriété, il fallait, dans son intérêt, exiger une transcription qui la lui fît connaître. Et cela est si vrai que l'on voit déjà, sous l'empire du code, la transcription exigée dans ce cas spécial, tandis qu'elle ne l'est pas encore pour la translation de la propriété à l'égard des tiers.

Pourrait-on, avec plus de raison, objecter qu'un titre non transcrit n'est pas un juste titre? Pourquoi ne le serait-il pas, puisque, au point de vue du titre en lui-même, la transcription n'est pas une condition de validité? On en trouve la preuve dans l'art. 1 lui-même de la loi de 1855, qui porte que la transcription a lieu sur des actes translatifs de propriété. Ils possèdent donc en eux-mêmes toute la force nécessaire pour constituer un juste titre.

Concluons donc que le défaut de transcription n'empêchera pas de prescrire par dix à vingt ans l'immeuble vendu.

Signalons, en terminant notre examen sur l'art. 2267 et les nullités relatives, une exception tirée de l'art. 1166. Suivant cet article, « les

Digitized by Google

créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. » Cet article sera applicable quand, d'après les circonstances, le véritable propriétaire pourra exercer les droits du vendeur; il se substituera à lui et opposera les considérations qu'il aurait pu faire valoir pour obtenir l'annulation de l'acte frappé d'une nullité relative.

Ainsi, supposons que Primus, fermier d'un immeuble appartenant à Secundus, le vende, comme s'il était propriétaire, à Tertius. Tertius a employé des manœuvres frauduleuses pour amener Primus à traiter avec lui, ignorant d'ailleurs qu'il n'était pas le propriétaire véritable de l'immeuble. Au bout de dix ans, Tertius pourra prescrire la propriété; à la revendication de Secundus, il opposera l'art. 2265; mais, en vertu de l'art. 1166, il restera au véritable propriétaire une ressource : c'est de faire annuler l'acte consenti à Tertius, vicié par une nullité relative. Primus, en effet, était fermier de Secundus, et comme tel tenu personnellement de lui rendre l'immeuble loué; ce dernier pourra donc agir en son lieu et place.

Il est évident que si l'action en nullité elle-même est prescrite ou éteinte pour une cause quelconque, l'art. 1166 n'aurait plus aucune utilité pour le propriétaire.

Digitized by Google

IV.

Du titre conditionnel.

Nous avons à rechercher quelle sera l'influence de la condition sur le titre.

Une condition, dans l'acception spéciale et propre de ce mot, est une déclaration de volonté ou une disposition de la loi qui fait dépendre d'un évènement futur et incertain l'existence d'un rapport juridique (art. 1168).

Deux sortes de conditions peuvent se présenter : ou une condition suspensive, ou une condition résolutoire.

I. — La condition suspensive est celle qui tient en suspens les effets du contrat tant qu'elle n'est pas réalisée (art. 1181 et suivants).

Le titre affecté d'une condition suspensive est-il un juste titre? Non, nous ne le pensons pas. En effet, l'obligation n'existe pas encore, puisque les effets en sont suspendus; il y a seulement espoir qu'elle le sera. L'acquéreur qui est dans cette position n'a pas encore la *justa opinio dominii quæsiti* nécessaire pour faire courir la prescription. Il ne peut en être autrement, car dans une vente sous condition suspensive l'acquéreur ne devient pas propriétaire, le vendeur ne lui transmet point la propriété; le contrat n'est pas exécuté, et le vendeur ne peut en réclamer l'exécution. « *Si sub conditione,* disait Paul, *emptio facta sit, pendente condi-*

Digitized by Google

tione usu non capiet. » (L. 2, § 2, Dig., *pro empt.*) — En vain, dit-on, dans une opinion contraire (1), que l'acheteur devenant propriétaire, quand la condition s'accomplit, la condition rétroagit au jour du contrat; et il faut bien supposer l'accomplissement de la condition pour que la question de prescription puisse s'élever, car si la condition défaillit, il n'y a jamais eu de titre : il en résulte donc que l'acquéreur a eu, dès sa mise en possession, l'*opinio dominii quæsiti.*

Mais, comme le font remarquer avec beaucoup de raison MM. Aubry et Rau (2), « cette argumentation porte à faux : car il s'agit bien moins, dans la question qui nous occupe, de déterminer les effets juridiques que produit l'accomplissement de la condition apposée à un contrat portant sur une transmission conditionnelle de propriété, que de rechercher en fait si l'acquéreur, mis en possession avant l'évènement de la condition, peut être considéré comme ayant eu dès ce moment, d'une manière positive, l'*animus domini,* bien qu'il sût qu'il serait obligé de restituer l'immeuble au cas où la condition viendrait à défaillir. Or, la négative paraît d'autant plus certaine, que la mise en possession anticipée de l'acquéreur n'a évidemment pas été opérée en exécution du contrat principal, et ne peut s'expliquer que par une convention accessoire qui, impliquant pour ce dernier une obli-

(1) Duranton, XXI, 376.
(2) Aubry et Rau, t. II, p. 379, note 12.

Digitized by Google

gation éventuelle de restitution, ne lui crée qu'une situation provisoire et équivoque. »

Concluons, par conséquent, qu'un titre subordonné à une condition suspensive ne réunit pas les conditions voulues pour servir de base à la prescription décennale.

II. — La condition résolutoire est celle qui tient en suspens non plus les effets du contrat, mais leur révocation. Il s'ensuit que le contrat, dès qu'il est formé, produit ses effets comme s'il était pur et simple; la condition a seulement pour but de remettre les choses au même état qu'auparavant, lorsqu'elle vient à se réaliser. La résolution opère rétroactivement, de sorte que le titre résolu est censé n'avoir jamais existé : le possesseur n'a donc plus de titre.

Ainsi, une vente est faite sous condition résolutoire : elle produira tous ses effets; chacune des parties est respectivement obligée, et la mutation de propriété a lieu dès l'instant du contrat.

Si donc l'acheteur qui a acheté l'immeuble d'un non-propriétaire a la *justa opinio dominii quæsiti,* la prescription commencera à courir, et pourra s'accomplir si elle n'est interrompue par l'arrivée de la condition. Et il en sera ainsi notamment dans le cas de vente avec faculté de rachat; l'acquéreur, d'après l'art. 1665, exerce tous les droits de son vendeur, et peut prescrire tant contre le véritable maître que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la terre vendue.

Digitized by Google

Une hypothèse assez délicate peut se présenter : Primus possède de mauvaise foi un immeuble qui ne lui appartient pas; il le donne ou le cède à Secundus sans condition résolutoire. La condition s'accomplit et l'immeuble revient entre les mains de Primus. Mais, pendant le temps de sa possession, Secundus a pu repousser par la prescription décennale, la revendication du véritable propriétaire. Primus pourra-t-il, à son tour, bénéficier de la prescription acquise par Secundus et opposer la même exception? Nous ne le croyons pas, car Primus reprend l'immeuble au même titre qu'avant la translation opérée au profit de Secundus. Or à cette époque sa mauvaise foi l'eût empêché de prescrire; il doit en être de même après l'arrivée de la condition, qui, opérant rétroactivement, anéantit les droits de Secundus. C'est, il nous semble, l'application rigoureuse des principes sur la matière.

V

Le juste titre doit protéger la possession pendant tout son cours.

Le juste titre doit se maintenir pendant le cours de la possession tel qu'il était à l'origine; il doit, par conséquent, protéger la possession pendant le délai exigé par la loi. Si, avant l'accomplissement de la possession, un changement quelconque survient dans le titre du possesseur,

Digitized by Google

la prescription est arrêtée : *Cessante causa, cessat effectus*. Supposons, par exemple, que Primus achète un immeuble à Secundus; au bout de deux ans, Secundus, s'apercevant que Primus lui a vendu ce qui ne lui appartient pas, sollicite du véritable propriétaire l'autorisation d'être maintenu en possession. Le titre primitif disparaît en ce moment; la possession reçoit une cause nouvelle qui rend la prescription impossible. « *Qui quum pro herede vel pro emptore usucaperet*, dit Pomponius, *precario rogaret, usucapere non potest* (N. L. VI, Dig., *pro emptore*).

VI

A qui incombe la preuve du juste titre?

C'est à celui qui invoque un titre en sa faveur à en prouver l'existence. Nous trouverons en matière de bonne foi une règle contraire.

Lorsque la loi n'exige pas une constatation authentique pour un acte, la preuve de son existence peut résulter d'un acte sous seing privé, aussi bien que d'un acte authentique, pourvu que l'acte produit soit valable en la forme. Il faut pour que l'acte sous seing privé soit opposable aux tiers, qu'il ait acquis date certaine : « Les actes sous seing privés, dit l'article 1328, n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés, du jour de la mort de celui ou de l'un de ceux qui les ont souscrits, ou du

Digitized by Google

jour où leur substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics : tels que procès-verbaux de scellés ou d'inventaires. » Il résulte qu'on ne pourrait opposer à la revendication du propriétaire un acte sous seing privé conçu en dehors des circonstances ou des règles mentionnées dans l'article précité. — Pothier cependant n'est pas de cet avis, et, s'appuyant sur le fondement d'un arrêt du 25 décembre 1716, rapporté au sixième volume du *Journal des Audiences,* il soutient que la preuve testimoniale doit être admise pour le temps qu'a duré la possession en remontant au juste titre (1). Mais, en présence de l'art. 1328, il est difficile de soutenir cette théorie : on veut éviter la fraude, et il serait trop facile de la commettre en donnant pleine créance aux actes sous seing privé dont la date ne serait pas certaine. Troplong nous signale les inconvénients d'une théorie semblable; aussi préférons-nous le rigorisme de Mourlon, qui, dans un exemple original, nous dit : « Ainsi, bien que le signataire de l'acte perde par accident les deux mains, et qu'il soit évident qu'il n'a pu le signer depuis l'accident qui l'a si douloureusement frappé, l'acte n'aura point, à partir de ce jour, date certaine à l'égard des tiers. » La loi ne veut même pas laisser aux juges, dans des matières semblables, un pouvoir discrétionnaire, et les droits accordés par la prescription ont trop d'importance pour les faire

(1) Pothier, *Presc.*, n° 99.

Digitized by Google

dépendre d'un acte qui ne se conformerait pas entièrement aux prescriptions légales.

On ne peut donc s'écarter des règles précises édictées par l'art. 1328.

CHAPITRE IV.

DE LA BONNE FOI.

I.

La seconde condition exigée pour prescrire par dix à vingt ans est la bonne foi.

La bonne foi est la croyance dans laquelle se trouve le possesseur que celui duquel il tient la chose avait le pouvoir de lui en transférer la propriété. Il faut que la ferme opinion qu'on a d'être propriétaire s'appuie sur des motifs plausible : *Bona fides nihil aliud est quam justa opinio dominii quæsiti*. Il faut que la bonne foi soit pleine et entière; le moindre doute de la part de l'acquéreur suffit pour vicier sa possession. C'est qu'en effet la bonne foi doit servir à purifier le titre de ses vices, à légitimer la possession; elle doit se trouver entièrement d'accord avec la conscience.

Certains auteurs, pleins d'une rigueur extrême pour celui qui veut s'en prévaloir, vont

Digitized by Google

cependant jusqu'à exagérer les choses et la rendre presque impossible en pratique.

Ainsi, d'après Troplong (1), trois conditions seraient absolument indispensables, pour que le possesseur ait cette croyance non douteuse qu'on appelle la bonne foi. Il doit : 1° ignorer qu'un autre que celui qui lui a transmis la chose en est propriétaire; 2° être convaincu que celui qui la lui transmet avait le droit et la capacité d'aliéner; 3° la recevoir par un contrat pur de fraude et de tout autre vice.

Troplong va même jusqu'à poser ces conditions comme des principes à peu près indiscutables. Nous ne sommes certainement pas de son avis, et nous les croyons, au contraire, susceptibles des controverses les plus sérieuses.

Nous trouvons la première condition mentionnée dans le droit romain : « *Bonæ fidei emptor esse videtur qui ignoravit rem alienam esse aut putavit eum qui vendidit jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse* (2). » C'était aussi la décision du droit canonique (3): « *Oportet ut qui præscribit in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.* » Cette condition d'ailleurs se justifie d'elle-même; la raison nous la commande. Il n'est pas admissible, en effet, que quelqu'un qui a acheté un immeuble d'une personne qu'il sait n'être pas propriétaire puisse être considéré comme de bonne foi.

(1) Troplong, *loc. cit.*, n° 913.
(2) Dig., Liv. IV, tit. XIV, L. 109, *de Verb. signif.*
(3) Decret. Gregor., *de Præscrip.*, Liv. 2, tit. 26, c. 10.

Digitized by Google

La deuxième condition s'offre à nous sous un aspect moins précis; elle a cependant aussi pour elle l'appui des lois romaines. « *Si ab eo emas,* dit Paul, *quem prætor vetuit alienare, idque tu scias, usucapere non potes* (1). » Et dans une autre loi il s'exprime en ces termes : « *qui a quolibet rem emit, quam putat ipsius esse, bona fide emit. At qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit... non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit* (2). » Comment, dit-on, l'acquéreur pourrait-il avoir la *justa opinio dominii quæsiti,* s'il n'est pas convaincu que non-seulement il traitait avec le véritable propriétaire, mais encore que celui-ci avait pleine capacité pour le faire?

Malgré l'autorité de Troplong et de Marcadé (3), qui lui aussi croit à la nécessité de cette condition, nous la regardons comme complètement inutile pour constituer la bonne foi. Sans doute il existe des lois romaines qui décident que celui qui a sciemment acheté d'un pupille, d'un prodigue, ou de tout autre individu frappé de l'interdiction d'aliéner, ne peut usucaper; mais il ne faut pas perdre de vue qu'en droit romain la vente passée par ces personnes était considérée comme non avenue, et non pas comme simplement annulable; d'autre part, que la tradition faite par ces mêmes personnes ne transférait par la propriété. Il en résultait

(1) L. 12, D., *de Usucap.*
(2) L. 27, D. *de cont. emp.*
(3) Marcadé, *Presc.*, t. VIII, p. 201.

Digitized by Google

nécessairement que l'acquéreur ne pouvait avoir la *justa opinio dominii quæsiti;* que, par suite, sa mauvaise foi l'empêchait de prescrire. Les mêmes principes ne sont pas admis en droit français. La vente opérée par un mineur ou par un prodigue est translative de propriété; elle peut être annulée, il est vrai; mais, tant qu'elle ne l'est pas, elle est valable et doit alors produire les mêmes effets qu'une autre vente. L'acheteur ne peut donc être considéré de mauvaise foi, sous le prétexte que la vente pourra être attaquée. Cette décision est d'ailleurs conforme aux véritables principes en matière de bonne foi.

Elle doit, en effet, consister dans la croyance positive, la conviction sincère que l'auteur du titre était propriétaire. Or il est certain qu'il l'était; donc la bonne foi est complète et suffisante pour prescrire. Comment d'ailleurs la minorité empêcherait-elle de le faire? N'est-ce pas au vendeur seul à se prévaloir de son incapacité et à demander la nullité de la vente? Lorsque le tiers propriétaire veut opposer la mauvaise foi au possesseur, quand celui-ci se prévaut de la prescription, il argumente de l'incapacité du vendeur, c'est-à-dire qu'il invoque le droit d'un tiers.

Concluons, par conséquent, qu'il suffit pour être de bonne foi qu'on ait la croyance absolue que le vendeur était propriétaire. Peu importe qu'il ait ou non capacité complète pour aliéner, car cela ne diminue et n'affecte en rien son droit de propriété.

Digitized by Google

Il ne faudrait pas confondre la question qui nous préoccupe avec certaines espèces qui se sont présentées dans la pratique, et où la jurisprudence a déclaré que la bonne foi ne pouvait exister.

Ainsi, il a été jugé que l'acquéreur de la moitié d'un immeuble indivis, avec déclaration que l'autre moitié appartient aux enfants du vendeur, ne peut être considéré comme étant de bonne foi à l'égard de cette seconde moitié qu'il a acquise, quelque temps après, du même vendeur (1). C'est qu'ici il est possible de soutenir que l'acquéreur n'avait pas juste sujet de croire que le vendeur était propriétaire. Quel était son devoir? C'était de prendre des informations, et de se renseigner sur le point de savoir si le vendeur, qui lors de la première vente n'avait des droits que sur la moitié de l'immeuble indivis, avait depuis acquis une capacité plus grande. Il devait nécessairement y avoir doute chez lui, et cela était suffisant pour le faire déclarer de mauvaise foi.

Nous comprenons le rigorisme dans des matières semblables, et nous approuvons la décision de la cour de Rennes (2) qui admet comme suffisante la connaissance qu'aurait eue l'acheteur d'une contestation soulevée relativement aux droits de son vendeur pour rendre imparfaite la bonne foi de l'acquéreur.

(1) Bourges, 11 janvier 1839, D. A. *Presc.*, n° 922.
(2) Rejet, 10 juin 1812. — Rennes, 10 juin 1821, D. A. près., n° 915.

Digitized by Google

Citons un autre exemple : Un mari, après le décès de sa femme, vend un acquêt de communauté. L'acte relatait le titre d'acquisition des deux époux; l'acquéreur devait, par conséquent, se douter qu'il achetait un conquêt, appartenant pour moitié aux héritiers de la femme. La cour de Bourges (1) a décidé que l'acquéreur n'était pas de bonne foi, parce que son titre lui-même lui disait quelle était la situation particulière de l'immeuble vendu, et devait faire naître des doutes dans son esprit sur l'entière capacité du vendeur.

Il ne faudrait cependant pas exagérer ces principes, et croire que l'on pourrait trouver dans toutes ces clauses générales et vagues que l'on met dans des actes de vente ou dans un cahier des charges, une réserve suffisante pour faire naître les doutes susceptibles de mettre obstacle à la bonne foi.

Arrivons à la troisième condition énumérée par Troplong : Le contrat doit être pur de fraude et de tout autre vice. Elle donne lieu à des questions bien délicates.

Une hypothèse peut d'abord se présenter : Le titre de l'auteur peut être sujet à nullité ou à rescision. Si l'acquéreur a eu connaissance de ce vice, peut-il quand même avoir la bonne foi requise en matière de prescription?

Deux sortes de nullités peuvent affecter le titre : une nullité absolue ou une nullité rela-

(1) Bourges, 10 janvier 1826, D. A., *Presc.*, n° 932.

Digitized by Google

tive. Quand la nullité est absolue, c'est-à-dire d'ordre public ou d'intérêt général, comme toute personne peut s'en prévaloir, il n'est guère douteux que le possesseur soit considéré comme de mauvaise foi, car il doit s'attendre d'un moment à l'autre à être évincé.

En est-il de même pour les nullités relatives? Nous le croyons; car comment pourrait-il être de bonne foi, puisqu'il sait que des tiers ont des droits sur l'immeuble, qu'ils peuvent attaquer le titre de son vendeur, et par suite le sien? Donc, même quand le titre de l'auteur est frappé d'une simple nullité relative, l'acquéreur qui en a connaissance ne peut être de bonne foi.

Ce principe est généralement admis; mais des difficultés plus sérieuses s'élèvent lorsque le titre est sujet à résolution.

Ainsi, Primus achète à Secundus une propriété dont il sait que le prix n'a pas encore été payé. Est-il de bonne foi? Peut-il venir dire : J'ai prescrit de bonne foi, parce que j'avais juste sujet de croire que le prix serait acquitté? Ici encore nous préférons la négative. L'acheteur n'a pas eu une pleine confiance dans son acquisition; il n'a donc pas la bonne foi requise. La jurisprudence est à peu près fixée dans ce sens; mais elle varie davantage sur la question de savoir quand l'acheteur devra être déclaré avoir eu connaissance du non-paiement de prix. La simple énonciation, dans l'acte de revente, du titre du second vendeur constatant que celui-ci n'avait pas payé son prix, est-il suffisant pour

Digitized by Google

constituer le sous-acquéreur en mauvaise foi? Il nous semble qu'il n'est pas possible dans cette matière d'adopter une règle unique et invariable; tout dépendra des circonstances, de la façon dont l'énonciation sera faite, etc. Il vaut donc mieux laisser aux juges une entière appréciation sur ces points; à eux d'examiner les faits de la cause et à se décider en conséquence, à eux de voir si l'acquéreur a réellement eu connaissance du non-paiement : et dans ce cas nous déciderons que sa bonne foi ne sera pas admissible.

Nous venons d'étudier l'hypothèse où le titre de l'auteur est vicié; mais que faudra-t-il décider lorsque le titre vicié sera celui de l'acquéreur lui-même? Ce point rentre plus directement dans l'examen de la troisième condition exigée par Troplong pour acquérir de bonne foi.

Ici encore la nullité peut être absolue ou relative. Si la nullité est absolue, il est certain que l'acquéreur ne sera pas de bonne foi, car il n'a jamais pu compter d'une façon bien sérieuse sur la bonté de son titre.

« Le possesseur avec titre et bonne foi, dit Bigot-Préameneu, se livre avec confiance à tous les frais d'amélioration. » Or il n'en sera certainement pas ainsi de celui dont le titre est frappé d'un vice tel que toute personne intéressée pourra l'invoquer; il ne peut réunir les conditions voulues pour prescrire.

Ces considérations s'appliquent-elles aussi aux nullités relatives? — On le prétend, et l'on dit que le possesseur ne peut se croire proprié-

Digitized by Google

taire, puisqu'il sait que le tiers propriétaire peut le déposséder, puisqu'il sait que son titre est vicieux. On invoque à l'appui de cette opinion les lois romaines, notamment la loi 6 au code, *De Præscrip. longi temporis* : « *Si fraude et dolo (licet inter majores 25 annis) facta venditio est, hanc confirmare non potuit consequens tempus, cum longi temporis præscriptio in malæ fidei contractibus locum non habeat.* » Il en résulte, dit-on, que la mauvaise foi ne se considère pas seulement par rapport au tiers qui est le véritable propriétaire de la chose ; il faut encore examiner toutes les positions qu'occupe l'acquéreur : il faut le considérer soit dans ses rapports avec son cédant, soit dans ses rapports avec la chose, soit dans ses rapports avec le véritable propriétaire ; et il doit sortir pur de toutes ces épreuves.

La prescription a une origine toute romaine ; les règles qui y étaient admises doivent recevoir application dans notre droit, car la base fondamentale de notre prescription remonte au droit romain, et cela doit être, alors surtout que rien ne semble indiquer une manifestation contraire du législateur.

Nous repoussons ce système pour plusieurs motifs. L'autorité romaine, outre qu'elle nous semble assez douteuse dans la matière, doit tout d'abord être rejetée, car les principes de notre droit nous paraissent commander une solution contraire, et c'est avec leur aide que nous devons, avant tout, décider les questions. La nullité relative ne saurait, à notre avis, em-

Digitized by Google

pêcher le possesseur d'être de bonne foi ; ce serait autrement une anomalie assez étrange qu'une cause qui permet au possesseur de fonder sa possession sur un juste titre puisse néanmoins le constituer de mauvaise foi. Nous avons admis, en effet, ne l'oublions pas, qu'un titre frappé d'une nullité relative réunissait cependant les conditions du juste titre exigé pour prescrire, d'après l'art. 2265. Or si la nullité relative n'empêche pas le titre de transférer la propriété lorsqu'il émane du véritable propriétaire, pourquoi en serait-il différemment dans la matière? L'acquéreur avait toute raison de croire que la propriété lui était transférée, et aussi valablement dans un cas que dans l'autre; aussi l'éventualité de l'action en nullité à laquelle il se savait exposé, éventualité de nature d'ailleurs à être écartée par la confirmation, n'est pas suffisante pour le constituer de mauvaise foi. N'admet-on pas que, lorsqu'un titre est affecté d'une condition résolutoire, il n'en est pas moins valable pour la prescription, et que l'éventualité de l'arrivée possible de la condition n'empêche pas la bonne foi? Il n'y a pas de raison pour adopter ici une décision contraire.

Cette opinion nous semble plus conforme aux principes que la première; mais il faut avouer que celle-ci renferme également des considérations des plus sérieuses et qu'il est bien permis d'hésiter.

Il reste à examiner quelle est l'erreur qui laisse subsister la bonne foi, s'il faut tenir éga-

Digitized by Google

lement compte de l'erreur de fait et de l'erreur de droit.

L'erreur de fait, disent la majorité des auteurs, est la seule excusable : « *qui a quolibet emit, quam putat ipsius esse bona fide emit* (L. 27, Dig. *de contra. empt.*). » Primus achète de Secundus, qu'il croit majeur, ou qu'il s'imagine être propriétaire, alors qu'il ne l'est pas; voilà l'erreur de fait, qui n'empêchera pas de prescrire par dix à vingt ans.

Quant à l'erreur de droit, dit-on avec Paul, elle porte obstacle à toute bonne foi : « *Nunquam in usucapionibus juris error possessoribus prodest* (1). » La loi n'accorde à une erreur semblable aucune espèce de faveur, parce qu'il est toujours possible de se renseigner sur une question de droit. Il s'ensuit que lorsque le contractant subit un préjudice, il ne fait que supporter la peine de sa faute et de son ignorance.

Nous croyons que cette règle est trop absolue et que l'erreur de droit ne doit pas toujours être exclusive de la bonne foi. — On invoque contre cette opinion l'autorité du droit romain; mais, outre que notre droit n'est pas le droit romain, son autorité dans la matière est assez contestée. « Pour saisir le véritable sens de ces lois, font remarquer MM. Aubry et Rau (2), il importe de se rappeler qu'en droit romain le titre putatif était, en certains cas, admis comme

(1) D. L. 31, *de Usucap.*
(2) Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 218, note 29.

Digitized by Google

équivalent à un titre réellement existant; et c'est en se plaçant à ce point de vue que ces lois décident que l'erreur de droit ne suffit jamais pour fonder un titre putatif. Or la question ne peut plus se présenter dans les mêmes termes sous l'empire du code Napoléon, qui ne reconnaît pas, en matière d'usucapion, le titre putatif; et nous ne voyons pas de motifs pour refuser le bénéfice de l'usucapion à celui qui, ayant en sa faveur un juste titre réellement existant, se serait trompé en droit sur la valeur des titres de son auteur. » Il n'existe, en effet, aucun motif pour faire cette distinction, un peu arbitraire à notre avis, car l'erreur peut être aussi excusable dans un cas que dans l'autre. L'erreur de droit peut porter sur une question délicate, difficile, et le cas est assez fréquent en pratique; pourquoi donc ne tiendrait-on pas compte ici de la bonne foi?

Les canonistes avaient proposé une distinction : suivant eux, on devrait excuser celui qui erre en droit sur une matière épineuse, et condamner celui qui se trompe sur un droit clair. Mais on fait observer qu'une distinction quelconque serait la source de difficultés et de procès sans nombre, et qu'on substituerait ainsi l'arbitraire au droit.

Nous persistons à croire, quant à nous, que la solution de cette question devra être laissée à l'appréciation des juges, qui la trancheront avec autant de facilité que s'il s'agit d'une erreur sur une question de fait. L'examen ne peut

Digitized by Google

soulever plus de difficultés dans un cas que dans l'autre. D'ailleurs, en présence du silence gardé par le législateur, il nous semble plus équitable de résoudre ces deux points de la même façon.

II.

Comment se prouve la bonne foi?

D'après l'art. 2268, la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver. Il pourra faire cette preuve par tous les moyens possibles, soit par des titres, soit par des témoins, soit par des présomptions laissées à l'appréciation des juges. Cela résulte des art. 1343, 1348 et 1353 combinés. Il existe du reste des circonstances de fait tellement claires, tellement précises, qu'il est impossible dans ces cas de dénier la mauvaise foi. Préciser ces faits serait chose difficile ; mais il appartient aux juges, dans leur pouvoir souverain d'appréciation, de le faire.

Troplong cite comme des plus significatifs la remise entre les mains de l'acquéreur des titres du vendeur dans lesquels le droit d'un tiers se trouve écrit.

Dalloz nous donne, à titre d'exemples, les espèces suivantes : le détenteur a été partie dans un acte qui lui donnait connaissance des droits d'un tiers (dans un inventaire, par exemple, où le titre de ce dernier se trouvait rap-

Digitized by Google

pelé); cette circonstance vicierait plus tard la possession qu'il acquerrait d'un autre que du tiers (1).

Il en est de même de celui qui achète du mari des biens qu'il sait être des propres de la femme (2).

Il faudra donc que la bonne foi, pour l'application de l'art. 2268, s'appuie sur quelque chose de sérieux, sur des données raisonnables.

Nous avons admis qu'une erreur de droit n'empêchait pas toujours la bonne foi; mais ici nous n'appliquerons pas l'art. 2268, car *nemo jus censetur ignorare;* ce sera à celui qui voudra s'en prévaloir à justifier son erreur. La loi, nous le croyons, en disant que la bonne foi se présume, n'a eu en vue que l'erreur de fait.

Lorsque le juge a mission d'apprécier la bonne foi, son appréciation doit être souveraine; elle ne peut recevoir le contrôle de la cour de cassation.

III.

A quelle époque doit exister la bonne foi?

Dans le droit romain, nous l'avons vu, on admettait, en règle générale, que la bonne foi était requise au moment de la possession. La raison en était que à ce moment l'*accipiens* fût devenu

(1) Paris, 1er mars 1808, D. A., *Presc.*, n° 932.
(2) Rennes, 14 juin 1841, D. A., *Presc.*, n° 731.

Digitized by Google

propriétaire si le *tradens* l'eût été. Ce principe recevait néanmoins exception, pour des motifs particuliers, quand la *justa causa* était une vente; alors la bonne foi était en outre requise au moment du contrat. Et l'on admettait également qu'il était inutile que la bonne foi persistât pendant le cours de la possession, à moins que la *justa causa* ne consistât dans un titre lucratif, une donation; dans ce cas, si la mauvaise foi survenait, l'usucapion était interrompue.

Le droit canonique exigeait, au contraire, nous l'avons déjà dit, que la bonne foi persistât pendant tout le temps de la possession. *Mala fides superveniens impedit usucapionem :* telle était la base de cette législation.

Le législateur de 1804 a décidé, dans l'art. 2269, « qu'il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. »

Que faut-il entendre par ces mots « au moment de l'acquisition »? — Les rédacteurs du code ont voulu parler certainement d'une acquisition de propriété apparente. Ils emploient le mot « acquisition » dans un sens conditionnel, pour exprimer l'idée d'une acquisition de propriété qui aurait eu lieu réellement si toutes les conditions voulues s'étaient rencontrées. La même forme de langage existe dans l'art. 2265, où le législateur emploie les mots «qui acquiert». Or il ne s'agit pas dans cet article non plus d'une transmission de propriété définitive et régulière, mais qui l'eût été si elle fût émanée du véritable propriétaire. Il est évident qu'il y a incompati-

Digitized by Google

bilité entre l'idée de la propriété acquise et celle de la prescription, qui ne servirait qu'à produire un état de fait déjà réalisé. On veut parler de celui qui acquiert en fait sans acquérir en droit. Mais à quel moment s'opère cette acquisition? Quand il s'agit d'actes entre vifs, la propriété s'acquiert par le concours des volontés. C'est donc au moment de la réalisation du contrat, qui, sans les vices cachés, eût été par sa seule perfection translatif de propriété, qu'il faudra rechercher si la bonne foi existe ou non. Lorsque la propriété porte sur une chose déterminée, elle se transfère *solo consensu;* si la chose est indéterminée, la translation n'a lieu qu'au moment de la délivrance. C'est à ce moment que l'acquéreur doit être de bonne foi.

L'art. 2269, tel qu'il est conçu, a été l'objet de critiques nombreuses. On accuse le législateur d'avoir mis la loi en opposition avec la morale; on fait ressortir que le temps n'a été abrégé qu'en considération du titre coloré et surtout de la bonne foi. Par suite, dit-on, *cessante causa cessat effectus.*

M. Laurent (1) s'exprime même avec une certaine véhémence sur ce point : « La loi ne peut être plus indulgente que la morale. Cela est vrai dans ce sens que la loi ne peut pas toujours condamner ce que la morale condamne; mais quand elle établit un principe sur le fondement de la morale, elle doit être conséquente et sévère

(1) Laurent, *loc. cit.*, n° 416.

Digitized by Google

jusqu'au bout. Nous ne concevons pas que le législateur soit moral au début de la prescription et immoral ensuite; car c'est être immoral que d'autoriser une prescription fondée sur la bonne foi, alors que le possesseur n'a pas de bonne foi. Il est vrai qu'il consolide la possession de mauvaise foi, même après trente ans; mais ici on peut dire qu'il y a nécessité. On ne pouvait pas perpétuer l'incertitude des possessions en éternisant le vice de mauvaise foi. La loi l'efface après trente ans d'inaction de la part du propriétaire; mais quand la loi déroge à la longue prescription en considération de la bonne foi du possesseur, elle tient compte de l'élément moral, elle est plus sévère pour les conditions de la possession et plus indulgente quant à la durée; dès lors sa sévérité devait durer autant que son indulgence. Maintenir la courte durée de la prescription, tout en se relâchant de la condition sur laquelle elle se fonde, cela n'a pas de sens. »

Sans dire que la loi soit à l'abri de tout reproche sur la question qui nous occupe, nous ne croyons pas qu'elle soit aussi immorale que veut bien le prétendre le savant professeur belge dont nous venons de donner l'opinion. Sans doute, au point de vue strict de la morale, elle peut soulever quelques objections; mais il est bien difficile qu'une prescription quelconque n'en suscite point.

Dans une loi on doit autant que possible favoriser l'intérêt général et jeter un regard d'en-

Digitized by Google

semble, sans s'arrêter à quelque froissement privé. La maxime « *Mala fides superveniens impedit usucapionem* » est fort belle en théorie; mais vouloir la mettre en pratique, c'eût été soulever des difficultés sans nombre, faire naître des procès inextricables. Le demandeur en revendication eût été appelé à fouiller dans tous les détails de la vie du défendeur, pour pouvoir prouver qu'à telle ou telle époque la mauvaise foi a pénétré chez lui. N'est-il pas juste d'ailleurs d'établir une distinction entre celui qui était de mauvaise foi au moment même de son acquisition, et celui qui, de bonne foi à l'origine, n'a connu plus tard que le droit d'un tiers sur la chose qu'il possède? Si l'on peut dire avec juste raison que la conduite du premier est sans excuses, qu'il ne mérite aucune indulgence, ne peut-on voir, au contraire, avec une certaine faveur, la conduite du second? C'est de bonne foi qu'il a acquis la propriété; de bonne foi qu'il y a consacré sa fortune, ses économies, ses seules ressources peut-être. Tout ce qu'il possédait, il l'a donné à son auteur; et l'on voudrait que lorsqu'il n'a aucune faute à se reprocher, lorsque son vendeur est devenu insolvable peut-être, lorsque quelques jours seulement le séparent de la dernière limite de la prescription, il sacrifie son bien et son bonheur à la négligence du véritable propriétaire? Le sacrifice eût été dur. Le législateur n'a pas cru devoir le lui imposer, et nous ne croyons pas qu'on puisse taxer son indulgence d'immoralité.

Digitized by Google

« Nul ne peut, dit Connanus, par un simple mouvement de son esprit, se changer la cause de sa possession; la prescription doit se continuer d'après les errements qui ont présidé à sa naissance. » Quant à l'orateur du gouvernement, il explique en ces termes la disposition de l'art. 2269 : « La mauvaise foi qui peut survenir pendant le temps de la prescription est un fait personnel à celui qui prescrit. Sa conscience le condamne; aucun motif ne peut dans le for intérieur couvrir son usurpation. Les lois religieuses ont dû employer toutes leurs forces pour prévenir l'abus que l'on pouvait faire de la loi civile; et c'est alors surtout que le concours des unes dans le for intérieur et de l'autre dans le for extérieur est essentiel. Mais aussi on ne peut pas douter que la nécessité des transactions ne l'emporte sur la crainte de cet abus; et la loi civile sur les prescriptions deviendrait elle-même purement arbitraire et incohérente si, après avoir posé des règles fondamentales, on les détruisait par des règles qui seraient en contradiction. Ce sont ces motifs qui ont empêché de conserver celles qu'on avait tirées des lois ecclésiastiques, et suivant lesquelles la bonne foi était exigée pendant tout le cours de la prescription. »

Si, au milieu de tant d'autorités, notre opinion n'était pas déplacée, nous dirions que le législateur eût pu faire mieux, et que nous eussions préféré la doctrine des jurisconsultes romains, doctrine rejetée sans motifs par Justinien, et

Digitized by Google

qui faisait une distinction entre les aliénations à titre gratuit et les aliénations à titre onéreux. Lorsque quelqu'un a acheté de bonne foi un bien, et l'a payé à sa juste valeur, il y a d'aussi bons motifs pour le protéger, même lorsqu'il s'aperçoit de son erreur, que le propriétaire négligent qui, par son incurie, a laissé usurper son domaine. Mais il en est bien différemment lorsqu'on se trouve en présence d'un donataire, qui lui n'a rien risqué, rien déboursé; il est poussé par d'autres motifs, *certat de lucro captando,* et sa position ne nous semble pas aussi intéressante que celle du propriétaire négligent. N'est-ce pas d'ailleurs là un peu la théorie du législateur lui-même en matière de restitution de fruits? Il ne veut pas que le possesseur de bonne foi restitue les fruits qu'il aurait consommés *lautius vivendo,* croyant qu'ils lui appartenaient; car il ne faut pas qu'il soit en perte, qu'il éprouve un préjudice. Il n'a pas pu prendre ses précautions pour une restitution qu'il ne s'attend pas à faire; il est juste qu'on le laisse tranquille. On se préoccupe donc simplement de lui éviter une perte et non de lui favoriser un gain.

Nous avons vu que, aux termes de l'art. 2269, la bonne foi doit exister au moment de l'acquisition. Que faut-il décider en matière de legs? La propriété se transfère par l'effet du testament et le testament s'ouvre à la mort du testateur. Cela semble concluant. On a cependant soulevé des objections. D'après MM. Aubry et

Digitized by Google

Rau (1), en matière de legs la bonne foi ne serait exigée qu'au moment où le légataire a manifesté l'intention d'accepter le legs, car l'acquisition ne se consomme d'une manière définitive que par l'acceptation du legs. Cette doctrine nous semble en contradiction avec l'art. 711, qui porte que la propriété s'acquiert et se transmet par donation testamentaire. C'est donc à partir de la mort du testateur que le légataire devient propriétaire. L'acceptation du légataire n'est exigée que pour confirmer son droit, et non pour le faire naître; et cela est si vrai, que lorsqu'il accepte il est propriétaire, non à partir de l'acceptation, mais à partir du décès : c'est donc là le moment de l'acquisition.

IV.

Interruption de la prescription.

L'application de l'art. 2269 soulève dans la pratique quelques questions assez délicates. Ainsi, on se demande si la prescription décennale interrompue peut recommencer à courir au même titre qu'avant l'interruption. On dit que la prescription est interrompue quand le cours en est brisé; il y a eu *abruptio cursus,* dit d'Argentrée (2) dans une expression caractéris-

(1) Aubry et Rau, t. II, § 218, p. 384.

(2) D'Argentrée, coutume de Bretagne, art. 266, *De interrup. præsc.*

Digitized by Google

tique. Elle a pour effet de rendre inutile le temps antérieur au moment où elle s'est produite, mais elle n'empêche pas qu'une nouvelle prescription ne commence à courir; le passé est effacé, mais l'avenir reste intact; la nouvelle prescription s'accomplira, à partir de la cessation de l'interruption, par le même délai que se serait accomplie celle qui a été interrompue. Nous croyons, en outre, que l'interruption laisse le possesseur ou le débiteur dans l'état où il se trouvait au moment où la prescription a commencé à courir.

Troplong (1) n'est cependant pas de cet avis : « En recommençant à courir, dit-il, la prescription n'aura en général rien qui diffère de l'ancienne prescription commencée et interrompue; ce sera un nouveau travail qui se fera avec les mêmes éléments. Ainsi, supposons que celui dont la possession a été interrompue eût commencé à prescrire avec titre et bonne foi, en recouvrant la possession, il donnera naissance à une prescription nouvelle, mais qui sera la reproduction de l'ancienne, en ce sens qu'elle sera, comme elle, fondée en titre, basée sur la bonne foi, et de nature à s'accomplir par dix à vingt ans. Si cependant il était survenu pendant l'interruption quelque circonstance éversive de la bonne foi, la nouvelle prescription ne pourrait se réaliser que par une possession trentenaire. La raison est que la prescription décennale n'est

(1) **Troplong**, *loc. cit.*, n° 553.

Digitized by Google

pas possible quand la bonne foi manque à son origine, et que le seul point initial à considérer ici c'est la reprise de la possession qui donne naissance à une ère toute nouvelle. »

Cette opinion est, avec juste raison, repoussée par la majorité des auteurs; en l'émettant, Troplong semble avoir oublié que, d'après les art. 2265 et 2269 combinés, la bonne foi n'est exigée qu'au moment de l'acquisition; or ce moment ne peut être confondu avec celui de la reprise de possession. Qu'il élève des critiques contre la loi, nous aurions pu le comprendre, mais non qu'il pose en principe une théorie qui va manifestement contre son contenu.

Pourquoi d'ailleurs le législateur aurait-il établi une différence entre celui dont la mauvaise foi survient pendant la durée de sa possession et celui dont la possession est interrompue pendant qu'il se trouve de mauvaise foi? Une distinction semblable eût été illogique. Si pour l'un on admet que la possession pourra se continuer, on doit, pour les mêmes motifs, reconnaître qu'elle pourra recommencer pour l'autre. (Req. rej. 2 avril 1845. Sir., 45, 1, 241.).

Mais il en serait différemment dans le cas où le possesseur ou le débiteur reconnaîtrait les droits du propriétaire ou du créancier; cette reconnaissance doit produire des effets plus sérieux que l'interruption proprement dite : c'est que la reconnaissance, en effet, constitue une novation, car le possesseur, en reconnaissant les droits du propriétaire, avoue par cela même

Digitized by Google

que sa possession n'a pas une juste cause, il y renonce, il y a de sa part un nouvel engagement qui constitue ainsi un titre distinct du titre primitif, et le fait considérer comme non avenu. Dès-lors, la bonne foi lui faisant défaut, il ne pourra plus invoquer l'usucapion de dix à vingt ans; mais la prescription de trente ans, s'il continue sa possession, sera encore possible pour lui, à moins qu'il ne reconnaisse que sa possession est précaire, la précarité empêchant la prescription.

Il peut se faire que ce ne soit pas la même personne qui ait possédé pendant tout le temps exigé pour la prescription; c'est ce qui arrive lorsqu'on succède à une personne en voie de prescrire.

A quel moment la bonne foi sera-t-elle exigée de la part du successeur? Le successeur peut-il joindre sa possession à celle de son auteur?

En droit romain, on faisait une distinction entre les successeurs à titre universel et les successeurs à titre particulier. Le successeur universel, disait-on, continue en matière d'usucapion la possession de son auteur avec ses vices et ses qualités : « *succedit enim et in qualitates et in vitia defuncti* (1). » Si donc l'auteur a commencé à posséder à titre précaire, s'il était fermier ou dépositaire, ses héritiers ne peuvent prescrire : « *Si defunctus initium justum non habuit et heredi et bonorum possessori, licet igno-*

(1) L. 7, c. *De fructibus*.

Digitized by Google

ranti, possessio non prodest (1). » Le jurisconsulte Labéon, en parlant de l'héritier du fermier, dit que, quoiqu'il ne soit pas fermier, il possède cependant pour le maître : *Heredem coloni quamvis colonus non est, nihilominùs domino possidere existimo.*

La même théorie se retrouve dans l'ancien droit. Disons cependant que dans le droit canon on admettait que les vices de la possession ne passaient pas aux héritiers de bonne foi, et qu'ils pouvaient de leur chef commencer une possession bonne pour prescrire (2).

Une règle différente existait, au contraire, en faveur du successeur à titre particulier : il pouvait ou commencer une prescription nouvelle ou opérer la jonction des possessions.

Voyons maintenant la théorie qui est en vigueur sous l'empire du code. On trouve d'abord un article assez embarrassant; c'est l'art. 2235, qui est ainsi conçu :

« Pour compléter la prescription, on peut joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou particulier, soit à titre lucratif ou onéreux. » Cet article semble avoir voulu supprimer toute distinction; mais remarquons que s'il dit que tout possesseur peut joindre sa possession à celle de son auteur, il évite de signaler les conditions auxquelles cette jonction peut

(1) § 7, Inst., *De usucap.*
(2) D'Argentrée, *loc. cit.*, n° 27; Dunod, p. 46.

Digitized by Google

avoir lieu pour aboutir à la prescription de dix à vingt ans. Nous ne trouvons donc pas dans l'art. 2235 une règle complète ; pour y arriver, nous devons le rapprocher des art. 2237 et 2239, qui nous font bien voir que dans l'esprit du législateur les distinctions admises en droit romain et dans notre ancien droit doivent encore l'être de nos jours.

Disons, par conséquent, que le successeur à titre universel continue, en matière d'usucapion, la possession de son auteur avec ses vices et ses qualités. Ses dispositions personnelles doivent être laissées de côté pour envisager celles de celui auquel il succède.

Si la possession primitive est entachée d'un vice, il ne saurait être purgé par la bonne foi du nouveau possesseur. Les art. 2236 et 2237 du code Napoléon sont assez explicites sur ce point : « Ceux qui possèdent pour autrui ne prescrivent jamais par quelque laps de temps que ce soit. Ainsi le fermier, le dépositaire, l'usufruitier et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire, ne peuvent la prescrire. »

« Les héritiers de ceux qui tenaient la chose à quelqu'un des titres désignés dans l'article précédent, ne peuvent non plus prescrire. »

Pour le successeur à titre particulier, nous admettrons la théorie du droit romain, comme nous le faisons pour le successeur universel. Il y a chez le successeur à titre particulier une possession nouvelle, distincte, tout-à-fait indépendante de celle de son auteur.

Digitized by Google

La qualité de cette possession doit donc s'apprécier dans sa personne, et n'est plus subordonnée à la mauvaise foi du premier possesseur, mais bien à celle du dernier. On lui permettra, s'il y a intérêt, de joindre sa possession à celle de son auteur; mais il ne pourra le faire que lorsque la bonne foi de celui-ci viendra corroborer la sienne. L'art. 2235, conforme sur ce point à la tradition, nous autorise à donner cette solution. Ainsi l'héritier à titre particulier, de bonne foi, commencera une prescription nouvelle, si la possession de son auteur était vicieuse; mais s'il est de mauvaise foi, pourra-t-il se prévaloir de la bonne foi de son auteur pour invoquer la prescription?

La question est controversée. — Vazeille (1) et Troplong (2) soutiennent l'affirmative : ils prétendent que le titre qu'acquiert le successeur de mauvaise foi n'est pas le titre qui sert de fondement à la prescription, qu'il n'y a qu'une subrogation au titre du premier acquéreur, que c'est, à peu près comme si l'acheteur lui-même fût devenu de mauvaise foi depuis son acquisition.

L'art. 2269, dit-on, est formel; il se contente de la bonne foi au moment de l'acquisition. Vazeille semble cependant regretter, à la fin de sa démonstration, la conclusion qu'il donne, car il termine en disant que « si cette conséquence

(1) **Vazeille, II. 97.**
(2) **Troplong, *loc. cit.*, t. I, n° 432.**

Digitized by Google

« peut paraître violente, elle tient ce caractère « du principe de l'art. 2269. » Quant à Troplong, il est plus énergique. Après avoir longuement constaté que les Romains, fort sévères en matière d'usucapion, décidaient que lorsque, parmi plusieurs ayants-cause successifs, il s'en trouvait un qui était de mauvaise foi, il rompait la chaîne de la possession, et celui qui venait après lui devait commencer une prescription nouvelle; il ne croit pas que cette décision soit admissible dans le droit français. A son avis, du moment qu'on succède à une personne, même à titre singulier, on doit pouvoir se servir de sa possession toutes les fois que le vice qu'on peut lui reprocher n'empêche pas la prescription d'après les règles générales. Du moment que la loi autorise la conjonction des possessions, elle entend que, liées ensemble, elles ne feront qu'un tout indivisible, tout aussi bien que si la même personne eût possédé sans interruption. Or c'est ce tout qu'il faut juger dans son ensemble, et non en le fractionnant, de telle sorte que si l'on trouve la bonne foi à l'origine, il soit indifférent qu'une des possessions ultérieures soit empreinte de mauvaise foi. N'est-ce pas d'ailleurs sur l'intérêt de la société que la prescription se fonde? On doit donc laisser de côté les considérations d'équité, dont on a tant abusé en cette matière. Il importe à la société que les possessions soient stables; et la loi ne peut que s'efforcer de les consolider. Partout c'est la possession qu'il faut considérer bien plus que le posses-

Digitized by Google

seur. C'est d'ailleurs le but de l'art. 2235, qui veut qu'il n'y ait plus qu'une seule possession.

Tels sont, en résumé, les motifs sur lesquels l'éminent jurisconsulte croit devoir baser son opinion. Nous ne sommes pas de son avis, et nous pensons que lorsque le successeur particulier est de mauvaise foi, la bonne foi de son auteur ne l'autorise pas à se prévaloir de l'usucapion par dix à vingt ans.

Cette opinion a d'abord pour inconvénient de supprimer toute distinction entre les successeurs à titre universel et les successeurs à titre particulier. Il ne nous semble pas rationnel cependant de les mettre sur le même pied, car aux yeux du législateur la nature de leurs droits est différente : l'un continue la personne du défunt bien et s'identifie, pour ainsi dire, avec lui; l'autre, au contraire, a une possession distincte et complètement indépendante, et il ne serait pas exact de lui appliquer la maxime : *Succedit enim et in qualitates et in vitia defuncti.*

Quant à vouloir tirer un argument contre nous de l'art. 2269, cela nous semble difficile, car si cet article n'exige l'existence de la bonne foi qu'au moment de l'acquisition, il ne prévoit nullement le cas de plusieurs transmissions successives de la chose d'autrui. Il ne signifie pas qu'il suffit que la bonne foi ait existé chez le premier acquéreur; il dit seulement que la mauvaise foi survenue chez un acquéreur n'est pas un obstacle à l'usucapion, et ne l'empêche pas de transmettre les avantages de sa possession à un successeur de bonne foi.

Digitized by Google

D'ailleurs il faut donner au mot « acquisition » de l'art. 2269 le sens qu'il a naturellement : chaque fois qu'il y aura acquisition nouvelle on devra rechercher si la bonne foi existe chez le nouveau possesseur ; et le successeur à titre particulier est dans ce cas.

On argumente de l'article 2235, qui porte : « ... qu'on peut joindre sa possession à celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé, soit à titre universel ou *particulier*, soit à titre lucratif ou onéreux. » Mais ce texte est loin d'être contraire à notre manière de voir, car si la loi parle d'une possession nouvelle à joindre à une possession ancienne, elle n'autorise en aucune façon à se prévaloir d'une possession vicieuse ; si le législateur permet au possesseur actuel de joindre sa possession à celle de son prédécesseur, il ne veut pas pour cela que le successeur à titre particulier, dont la possession est entièrement distincte de celle de son auteur, puisse les réunir l'une à l'autre, de façon à couvrir ainsi les inconvénients que doit lui susciter sa mauvaise foi.

Disons enfin que, si des considérations d'équité et d'utilité générale ont fait admettre la maxime *Mala fides superveniens impedit usucapionem* en faveur de celui qui, de bonne foi au début de sa possession, est ensuite devenu de mauvaise foi, il ne peut en être de même pour le successeur à titre particulier, qui au début même de sa possession est persuadé que la chose ne lui appartient pas.

Digitized by Google

Nous n'avons pas à réfuter l'argument tiré de la nécessité d'une possession stable, au nom de l'intérêt de la société qu'on met en avant. Ces considérations sont ici trop vagues, et nous ne voyons pas en quoi un peu plus d'équité pourrait compromettre l'intérêt de la société.

Nous concluons donc que les successeurs particuliers ne continuant pas la personne du défunt, il doit y avoir autant de situations distinctes que d'opérations ayant eu pour but de transférer successivement à plusieurs personnes la propriété d'un immeuble ; que, par suite, il existe autant de possesseurs différents dont les droits ne se confondront pas, et qui ne pourront invoquer la prescription décennale que tout autant qu'ils pourront se retrancher derrière leur bonne foi au début de leur possession.

CHAPITRE V.

DU LAPS DE TEMPS.

Nous venons de voir deux des conditions prescrites par l'art. 2265 pour la prescription décennale ; il en existe une troisième : c'est la possession prolongée « pendant dix ans si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue de laquelle l'immeuble est situé, et par vingt ans s'il est domicilié

Digitized by Google

hors dudit ressort. » L'art. 2266 ajoute : « Si le véritable propriétaire a eu son domicile en différents temps dans le ressort et hors du ressort, il faut, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence, un nombre d'années d'absence double de ce qui manque pour compléter les dix ans de présence. »

Après avoir rapidement parcouru les origines de ces articles, nous les préciserons, et nous examinerons les difficultés que leur application peut soulever.

La durée de la prescription est empruntée à la tradition romaine. Nous savons, en effet, que dans l'ancien droit romain la possession devait durer deux ans pour les immeubles situés en Italie. Justinien porte la durée de la possession pour les immeubles à dix ou vingt ans ; dix ans entre présents, vingt ans entre absents. Etaient réputés présents le propriétaire et le possesseur habitant la même province, absents lorsqu'ils habitaient deux provinces séparées. Si, durant le cours de la prescription, les deux parties avaient été successivement présentes et absentes, on comptait deux années d'absence pour une année de présence (L. I, code *De præsc., long temporis*).

Dans l'ancien droit français, nous trouvons quelques variantes sur le mode de déterminer la présence et l'absence.

On prit d'abord pour point de départ le diocèse : si le propriétaire et le possesseur habitaient la même circonscription diocésaine, ils

Digitized by Google

étaient considérés comme présents; absents si la circonscription était différente. Plus tard, on eut égard aux bailliages royaux ou sénéchaussées royales. « Sont réputés présents, dit l'article 116 de la coutume de Paris, ceux qui sont demeurants en la ville, prévôté et vicomté de Paris ». Et l'art. 82 de la coutume de Meaux disait : « On tient pour présents ceux qui demeurent au même bailliage royal. »

Telle était la règle généralement suivie dans les pays de droit coutumier où l'on admettait la prescription décennale. Il en était différemment en Franche-Comté, par exemple, où l'on ne pouvait prescrire que par trente ans les choses prescriptibles par dix et vingt ans suivant le droit romain.

Mentionnons également les provinces de Bourgogne, de Normandie, d'Auvergne, etc.

Nous voyons que, d'après la règle romaine, suivie à peu près universellement dans l'ancien droit, la relation était du propriétaire au possesseur sans avoir égard à la situation de l'immeuble.

Il y avait cependant une coutume, celle de Sedan, qui tenait compte, pour déterminer l'absence ou la présence, de l'éloignement de l'héritage litigieux. Son art. 313 était ainsi conçu : « Sont réputés présents ceux qui sont demeurants dedans dix lieues à l'environ de la situation de l'héritage, et ceux qui sont demeurants plus loin que de six lieues sont réputés absents. »

Voyons maintenant ce qu'ont fait les rédac-

Digitized by Google

teurs du code et les innovations qu'ils ont introduites.

Au lieu de province, de diocèse, de bailliage ou de sénéchaussée, le code prend pour point de départ les ressorts des cours d'appel, qui sont plus étendus que n'étaient les circonscriptions administratives de l'ancien régime. Cette extension est parfaitement juste, car les moyens de communication sont bien plus faciles aujourd'hui qu'autrefois.

Une deuxième innovation est tirée de la coutume de Sedan. Dans l'art. 2265 on se préoccupe de la situation de l'héritage : « dix ans, dit-on, si le propriétaire habite dans le ressort de la cour d'appel où est situé l'immeuble ; vingt ans dans le cas contraire. » Il n'y a plus à se préoccuper du domicile du possesseur, mais seulement de la situation de l'immeuble possédé. L'orateur du gouvernement (1) nous donne lui-même, d'une façon fort explicite, la raison de cette innovation : « Le but que l'on se propose est de donner à celui qui possède une plus grande faveur en raison de la négligence du propriétaire, et cette faute est regardée comme plus grande s'il est présent. Mais ceux qui ne se sont attachés qu'à la présence du propriétaire et du possesseur dans le même lieu ou dans un lieu voisin n'ont pas songé que les actes possessoires se font sur l'héritage même. C'est donc par la distance à laquelle le propriétaire se

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 47.

trouve de l'héritage qu'il est plus ou moins à portée de se maintenir en possession; il ne saurait le plus souvent retirer aucune instruction du voisinage du nouveau possesseur. Ces lois ont été faites dans les temps où l'usage général était que chacun vécût auprès de ses propriétés. Cette règle a dû changer avec nos mœurs, et le vœu de la loi sera rempli en ne regardant le véritable propriétaire comme présent que lorsqu'il habitera dans le ressort du tribunal d'appel où l'immeuble est situé. »

Les observations de l'orateur du gouvernement nous paraissent pleines de justesse; il est bien préférable, en effet, de faire consister l'absence dans l'éloignement où se trouve le propriétaire de l'immeuble possédé par autrui, car c'est alors surtout que sa prévoyance peut être mise en défaut. La présence simultanée du propriétaire et du possesseur dans la même circonscription, si l'immeuble en est éloigné, n'est pas de nature à tirer le premier de son ignorance, à rendre son erreur plus inexcusable.

L'art. 2265 dit que, suivant l'absence ou la présence, le délai peut être de dix ans ou de vingt ans. Cette disposition de la loi a prêté à de nombreuses critiques : elle fut combattue par plusieurs cours d'appel, et notamment par la cour de cassation lors de la communication du projet du code civil aux cours et tribunaux. Voici quelle fut sa réponse au gouvernement : « La commission pense qu'il convient d'abolir toute distinction d'absence ou de présence de

celui contre lequel court la prescription ; la facilité de communications ne permet pas de supposer qu'il est trop difficile de veiller à ses biens parce qu'on n'est pas dans le ressort du même tribunal d'appel (1). » — La cour de Lyon présente la même observation (2). — La cour de Paris demandait un délai uniforme de quinze ans, et la cour de Bordeaux de vingt ans (3).

Le législateur a eu raison, à notre avis, de laisser de côté ces observations, car des considérations sérieuses peuvent militer en faveur de l'absent. Il est incontestable que la surveillance de la propriété devient d'autant plus difficile qu'on s'en trouve plus éloigné ; de plus, des raisons multiples peuvent empêcher beaucoup de personnes de se déplacer.

Le texte de l'art. 2266 a soulevé quelques critiques. Ce texte rend mal la pensée du législateur. Ainsi, supposons que le véritable propriétaire, contre lequel on est en train de prescrire, ait habité tantôt dans le ressort de la cour, tantôt hors du ressort : il faudrait, d'après la lettre de la loi, pour trouver le délai exact de la prescription, « ajouter à *ce qui manque* aux dix ans de présence, un nombre d'années d'absence double de celui qui manque pour compléter les dix ans de présence ». Or, nous arrivons de la sorte au calcul suivant : le véritable propriétaire a passé sept ans dans le ressort, trois ans

(1) Fenet, t. II, p. 753.
(2) Id., t. IV, p. 344.
(3) Id., t. V, p. 289 et 629.

hors du ressort; nous devons, dit le texte, ajouter à ce qui manque pour parfaire les dix ans, soit à trois ans, un nombre d'années double de celui qui manquerait pour compléter les dix ans, c'est-à-dire six ans; ajoutons-y les trois ans non accomplis, nous arrivons au chiffre neuf. Il en résulterait, chose singulière, que la prescription, dans cette hypothèse, s'accomplirait plus vite que si le propriétaire n'avait pas eu d'absence.

Cette façon de calculer est certainement vicieuse. Ce n'est pas à ce qui manque aux dix ans de présence, mais bien aux années de présence déjà accomplies, qu'il faut ajouter un nombre d'années double de celui qui manque pour compléter les dix ans. Ainsi, supposant sept ans d'habitation dans le ressort, c'est à ces sept ans et non pas aux trois ans qui manquent pour compléter les dix ans, qu'il faut faire l'addition dont parle le code.

L'examen de la façon de calculer nous amène à reconnaître que le délai de la prescription peut varier de dix à vingt ans; que, par conséquent, nous avons eu raison, ainsi que nous l'avons fait observer au début de cette étude, de prendre pour rubrique « De la prescription de dix à vingt ans », au lieu d'adopter la terminologie du code « De la prescription de dix et vingt ans ».

On s'est demandé s'il fallait prendre pour base du calcul, indiqué par la loi, la résidence ou le domicile. Ainsi, j'ai mon domicile de droit

Digitized by Google

à Bordeaux, où je suis né et où je compte revenir; mais je reste, je réside en fait à Bayonne. Le domicile et la résidence se trouvent dans deux lieux différents; sur lequel des deux se basera-t-on pour déterminer l'absence du propriétaire : sur le domicile de fait ou de droit? Cette question est controversée en doctrine et en jurisprudence.

Les deux opinions contraires prétendent pouvoir s'appuyer sur le texte même de l'art. 2265 pour baser leur argumentation. Cet article, en effet, s'exprime d'abord ainsi : « si le véritable propriétaire *habite* dans le ressort..... », ce qui semble signifier le domicile de fait; mais l'article, prévoyant le cas de l'absent, continue : « ..... s'il est *domicilié* hors dudit ressort..... » Or le mot « domicile » s'entend d'ordinaire du domicile légal. Enfin l'art. 2266 parle encore du domicile.

Si nous consultons la tradition sur ce point, nous voyons que l'on avait coutume d'ajouter au mot « domicile » les mots « de fait et de résidence ». Pothier (1) nous donne des renseignements fort précis sur la question : « Pour que le temps de la prescription soit censé courir entre présents, dit-il, il suffit que tant le possesseur qui prescrit que le propriétaire contre qui on prescrit aient leur *domicile de fait et de résidence* dans le même bailliage, quand même ce domicile ne serait pas leur domicile de droit; et, au

(1) Pothier, *De la Prescription*, n° 107.

Digitized by Google

contraire, il ne suffirait pas que l'un et l'autre eussent leur domicile de droit dans le même bailliage si l'un ou l'autre n'y avait pas sa demeure actuelle. » — La tradition n'est pas douteuse sur ce point, et à notre avis elle se trouve parfaitement en harmonie avec les travaux préparatoires et l'esprit du code.

L'opinion contraire a cependant trouvé d'énergiques défenseurs. Duranton (1) commente un arrêt de la cour de Montpellier du 11 mai 1829, qui, du reste, ne tranche pas la question, et dit qu'il préfère s'attacher au véritable domicile, parce que c'est là le siège principal des affaires de la personne, le lieu où sont ses relations habituelles, où l'on va pour la trouver, où sont ses titres etc. — Troplong (2) invoque l'unité de domicile, qui est une des bases du code civil. Le droit, à son avis, doit l'emporter sur le fait, et ce parti doit d'autant mieux prévaloir que dans le doute il y a plus d'humanité à admettre la plus longue prescription. Il pense d'ailleurs que l'art. 2266, employant le mot «domicile», tranche la question. Ce dernier argument semble beaucoup frapper MM. Aubry et Rau (3), qui le considèrent comme décisif. D'après eux, l'opinion contraire serait incompatible avec l'esprit général de notre législation sur le domicile, et avec cette idée que pour le règlement des rapports juridiques dans lesquels une

(1) Duranton, t. XXI, p. 621. — Sirey, 1830, 2, 44.
(2) Troplong, *loc. cit.*, nos 865 et 866.
(3) Aubry et Rau, *loc. cit.*, § 218, note 38.

Digitized by Google

personne peut se trouver avec une autre personne, elle est toujours présente au lieu de son domicile.

Nous sommes bien éloigné d'adopter une solution contraire à l'opinion que nous avons adoptée soit en contradiction avec l'esprit général du code, et nous répondrons avec M. Laurent que (1) c'est donner aux principes une prépondérance sur la réalité des choses, et que cependant les principes sont faits pour les hommes, non les hommes pour les principes. Il est possible que le domicile de droit soit la règle générale, nous le reconnaissons volontiers; mais pourquoi cette règle ne recevrait-elle pas des exceptions, quand il est logique et équitable de prendre en considération l'habitation plutôt que le domicile? — Examinons avant tout les considérations qui ont déterminé le législateur et retenons les paroles de l'orateur du gouvernement : « C'est par la distance où le propriétaire se trouve de l'héritage qu'il est plus ou moins à portée de se maintenir en possession. » C'est bien là l'esprit de la loi, la raison dominante qui a déterminé le législateur à accorder un délai plus long dans le cas d'absence. Pourquoi, dès lors, laissant de côté le vœu du législateur, l'esprit qui l'a guidé, vouloir se livrer à des dissertations théoriques et abandonner la question de fait, qui dans une matière semblable doit jouer le plus grand rôle? Et voyez à quelles

(1) Laurent, *loc. cit.*, n° 421.

Digitized by Google

conséquences absurdes conduirait la théorie que nous repoussons : Supposons que Pierre possède un immeuble à Bordeaux, où habite le véritable propriétaire, et un immeuble à Bayonne, où le propriétaire est domicilié. Dans l'interprétation que nous combattons, la prescription de l'immeuble situé à Bordeaux se fera par vingt ans, quoique le propriétaire soit sur les lieux et puisse fort bien surveiller sa propriété; tandis que la prescription de l'immeuble situé à Bayonne se fera par dix ans, quoique le propriétaire ne soit pas sur les lieux et ait bien des chances pour ignorer ce qui s'y passe. C'est là une anomalie bien forte; et si telle était la pensée du législateur, il y aurait de justes raisons pour le taxer d'inconséquence et même d'injustice : car il est certain que si une personne a d'un côté un domicile légal où elle n'habite pas, et de l'autre sa résidence, son habitation dans les environs de l'immeuble possédé, elle sera bien plus à même, dans cette dernière hypothèse, de le surveiller et de sauvegarder ses droits. Il n'est donc pas exact de dire, comme le font MM. Aubry et Rau, que notre opinion est incompatible avec l'esprit général de notre législation sur le domicile. Nous nous y conformons, au contraire, et nous n'oublions pas ce précepte de droit que « si la lettre tue, l'esprit vivifie ».

On objecte que la détermination de la résidence serait une source d'ennuis et de procès. Non, cette détermination ne peut être plus dif-

Digitized by Google

ficile à faire que celle du domicile; car il est évident que lorsque nous parlons d'une résidence de fait, nous n'entendons pas parler d'un déplacement de quelque temps, d'un voyage sans suite ou d'un séjour sans fondement sérieux : nous voulons parler du domicile de fait, qui ne dépend en aucune façon d'un séjour sans importance dans tel ou tel pays, mais bien d'un établissement complet, réel, résultant d'habitudes, d'occupations sérieuses. Et sur ces points il sera toujours aisé de se renseigner, car c'est un fait s'établissant *de visu*, qui ne peut prêter à de bien longs commentaires.

Duranton, dont nous avons mentionné l'opinion, après avoir bien constaté que le but que se propose le législateur est de fixer un délai plus ou moins long, suivant que le propriétaire est à portée de surveiller plus ou moins facilement ses immeubles, conclut cependant que le domicile légal est bien celui dont on a entendu parler, parce que c'est le siège principal des affaires de la personne. Mais le savant auteur tire, il nous semble, des conclusions fausses des prémisses qu'il a posées; car il est certain, ainsi que nous l'avons déjà démontré, que la surveillance sera bien plus facile sur un immeuble situé près du lieu où l'on habite que près du domicile légal, si l'on n'y habite pas.

Quant à l'argument tiré du mot « domicile » contenu dans l'art. 2266, expression qui a particulièrement frappé Troplong et MM. Aubry et Rau, il est loin d'être concluant. En effet, à l'art.

Digitized by Google

2266 nous opposons l'art. 2265, où nous avons déjà fait remarquer l'expression « habite ». Or cette expression générale de l'art. 2265 vaut bien l'expression restrictive de l'art. 2266, et combat assez avantageusement les conclusions qu'on voudrait en tirer. Mais, de plus, elle est corroborée, nous l'avons vu, par la tradition, et elle se trouve en outre appuyée par les travaux préparatoires. Les discours échangés démontrent que les idées de Pothier furent admises sur ce point comme étant les plus rationnelles ; il ne nous appartient pas de nous en écarter. La cour de Nîmes en 1834 et la cour de Pau en 1861 ont formellement consacré cette opinion (1).

Le législateur, en s'inspirant dans l'art. 2265 de la coutume de Sedan, l'a fait d'une façon incomplète, car cette coutume prenait une base fixe; elle estimait l'absence ou la présence selon que le propriétaire habitait en deçà ou au-delà d'un certain rayon (dix lieues) autour de l'immeuble. Sans doute, au point de vue d'une équité absolue, le législateur aurait dû maintenir la même décision sur ce point; mais c'était, à coup sûr, tomber dans des difficultés pratiques bien grandes; de plus, les distances sont relatives et dépendent beaucoup des voies de communication. Il était donc plus sage de prendre une règle uniforme et de se baser sur l'habitation dans le ressort, point qui ne pouvait soulever des difficultés. Il est vrai que, d'après le système du code,

(1) Sirey, 1834, 2, 360; Pau, 1861, 2, 433.

Digitized by Google

un propriétaire dont l'immeuble se trouvera sur la limite d'un ressort, et qui lui-même habitera en face sur la limite opposée, pourra, malgré la proximité des lieux, bénéficier d'une prescription de vingt ans, tandis que, au contraire, le propriétaire habitant à l'extrémité d'un ressort et dont l'immeuble se trouve à l'autre extrémité, se verra opposer la prescription décennale. Mais quelle est la théorie qui, poussée à ses conséquences extrêmes, n'offre des inconvénients? L'imperfection est dans la nature des choses : on ne peut que se rapprocher du parfait sans y atteindre complètement.

Que faut-il décider dans le cas où l'immeuble objet de la prescription appartient par indivis à deux propriétaires? Il ne nous semble pas douteux que lorsqu'on prescrit contre deux propriétaires, dont l'un seulement est présent dans le ressort, la prescription doit s'accomplir par dix ans à l'égard du propriétaire présent pour sa part indivise; mais il lui faudra vingt ans pour acquérir la part de l'absent. La cour de Colmar avait décidé que la prescription courait contre tous par vingt ans; mais c'était confondre l'indivision avec l'indivisibilité.

Qu'importe que plusieurs personnes soient propriétaires par indivis d'un immeuble? il n'en résulte pas que leurs droits soient indivisibles. Leurs droits portent sur une chose divisible : donc ils sont divisibles, et il doit y avoir autant de droits que de parts indivises; — chacun des droits doit pouvoir se prescrire par le

Digitized by Google

laps de temps qui est déterminé par les art. 2265 et 2266. — Aussi, c'est avec raison que, se fondant sur ce motif, la cour de cassation, par arrêt rendu le 12 novembre 1833 a cassé la décision de la cour de Colmar (1).

Disons, en terminant, que l'État est censé être présent sur tous les points du territoire, et que, par conséquent, c'est la prescription de dix ans qui est applicable à son égard. La cour de Bruxelles a rendu un arrêt dans ce sens le 8 mai 1824 (2).

CHAPITRE VI.

DE CE QU'ON PEUT ACQUÉRIR PAR LA PRESCRIPTION DE DIX A VINGT ANS.

La prescription décennale fait exception aux règles générales de la prescription. Il s'ensuit que son application doit être restreinte, et qu'elle ne saurait s'étendre au-delà des attributions qui lui ont été assignées par le législateur. Comme toute dérogation au droit commun, elle doit être limitativement déterminée. Or l'art. 2265 est ainsi conçu : « Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre *un immeuble* en pres-

(1) Cassation, 12 nov. 1833, D. A., *Presc.*, n° 947.
(2) Bruxelles, 8 mai 1824, D. A., *Presc.*, n° 949.

Digitized by Google

crit la propriété par dix ans. » Il en résulte d'abord que cet article s'applique à un ou plusieurs immeubles déterminés, mais exclut une universalité de biens immobiliers. Ainsi, un héritier me vend une succession qu'il croit lui revenir; ce n'est pas par dix ans que je pourrai prescrire, mais par trente ans.

Quant aux meubles, ils se trouvent régis par les art. 2279 et 2280; ils se trouvent, par conséquent, hors des limites de notre étude.

En général, tout immeuble qui est dans le commerce peut se prescrire par dix à vingt ans. Une loi du 12 mai 1871 déroge à cette règle; elle fut portée à la suite des excès commis à Paris pendant la Commune. Le premier article de cette loi est ainsi conçu : « Sont déclarés inaliénables jusqu'à leur retour aux mains du propriétaire tous biens meubles et immeubles de l'Etat, du département de la Seine, de la ville de Paris et des communes suburbaines, des établissements publics, des églises, des fabriques, des sociétés civiles, commerciales ou savantes, des corporations, des communautés, des particuliers, qui auraient été soustraits, saisis, mis sous le séquestre ou détenus d'une manière quelconque, depuis le 18 mars 1871, au nom ou par des ordres d'un prétendu comité central, comité de salut public, d'une soi-disant commune de Paris ou de tout autre pouvoir insurrectionnel, par leurs agents, par toute personne s'autorisant de ces ordres, ou par tout individu ayant agi, même sans ordres, à la faveur de la sédition. » Le se-

Digitized by Google

cond article de cette loi consacre les conséquences de cette inaliénabilité : « Les aliénations frappées de nullité par l'art. 1er ne pourront, pour les immeubles, servir de base à la prescription de *dix ou vingt ans*, et pour les meubles donner lieu à l'application des art. 2279 et 2280 du code civil. — Les biens aliénés en violation de la présente loi pourront être revendiqués, sans aucune condition d'indemnité, contre tous détenteurs pendant trente ans, à partir de la cessation officiellement constatée de l'insurrection de Paris. » L'exception à notre règle est remarquable, et méritait, nous le voyons, d'être signalée.

Si la prescription décennale ne s'applique pas à tous les biens, elle s'applique à tout immeuble, aux termes de la loi, car il n'y est fait aucune distinction. Il en résultera que l'on pourra ainsi prescrire non-seulement les immeubles corporels, mais encore les immeubles incorporels.

Il existe plusieurs sortes d'immeubles : les immeubles par leur nature, tels que les fonds de terre, les bâtiments, etc., (art. 518 et suiv. du c. c.); les immeubles par destination, tels que les animaux attachés à la culture, les ustensiles aratoires, les semences données aux fermiers ou colons partiaires, etc. (art. 524-525); les immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : on peut citer l'usufruit des choses immobilières, les servitudes, etc.

Que l'usufruit soit un immeuble, ce point est

Digitized by Google

incontestable : l'art. 526 le dit expressément. Il peut servir de siège à une hypothèque, l'art. 2118 le déclare. Il doit, par conséquent, être compris dans l'expression générale dont s'est servi le législateur dans l'art. 2265, en permettant la prescription de dix à vingt ans pour tout immeuble. L'art. 2264 décide bien que les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le titre de la prescription devront être recherchées dans les titres particuliers à chacun de ces objets; mais du moment qu'au titre de l'usufruit on ne trouve aucun article qui établisse un délai spécial de prescription pour cette matière, on doit s'en tenir aux règles ordinaires.

L'art. 2265 embrasse également les droits d'usage et d'habitation. Il est vrai que l'art. 526 n'en parle pas dans son énoncé; mais comme ils ne sont, en somme, qu'un usufruit restreint, aucune bonne raison ne saurait les exclure de l'application de notre article. La doctrine et la jurisprudence sont d'ailleurs d'accord sur ce point.

Quant aux servitudes, l'art. 526 les déclare également immeubles. Faut-il dès lors leur appliquer l'art. 2265? La difficulté est sérieuse, et provient de l'art. 690, qui ne parle que de la possession de trente ans. Avant de l'examiner, il nous faut d'abord préciser la question et voir de quelles servitudes il s'agit.

Une servitude peut être continue ou discontinue, apparente ou non apparente.

Digitized by Google

Les servitudes continues, dit l'art. 688, sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : soit, par exemple, les conduites d'eau, les vues, etc.

Les servitudes discontinues sont celles dont l'usage consiste dans des faits successifs, exercés par le propriétaire de l'héritage dominant sur l'héritage servant : tels sont les droits de passage, de puisage, de pacage, et autres semblables (même article).

Les servitudes sont apparentes lorsqu'elles s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc, etc. (art. 689).

Elles sont non apparentes lorsque aucun signe extérieur ne vient en révéler l'existence : par exemple, la servitude de ne pas bâtir (même article).

Ces caractères peuvent se trouver réunis ou séparés.

Une servitude peut être continue et apparente : la servitude de vue ;

Continue sans être apparente : la prohibition de bâtir ;

Apparente sans être continue : la servitude de passage, lorsqu'un chemin en révèle l'existence. Il s'est élevé cependant des contestations sur ce point, et l'on prétend que la servitude de passage, dans ce cas, est une servitude aussi continue que la servitude de vue; car le propriétaire du fonds servant peut en apercevoir continuellement l'existence, alors même qu'on

Digitized by Google

ne l'exercerait pas. Mais ce système nous semble en contradiction avec le texte même de l'art. 688, qui appelle continue la servitude qui peut être continuelle sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. Or il n'en est pas ainsi pour le passage, qui exige bien réellement la présence, le fait de l'homme; sans cela la servitude n'existerait pas : il ne suffit pas, en effet, qu'un chemin soit tracé au milieu d'un champ pour pouvoir constituer une servitude. On arriverait d'ailleurs, avec une théorie semblable, à faire rentrer toutes les servitudes apparentes dans la catégorie des servitudes continues, ce qui nous semble contraire à l'esprit de la loi.

Une servitude peut encore être discontinue et non apparente : par exemple, la servitude de passage, lorsqu'elle ne se manifeste par aucune trace extérieure.

Ces principes posés, revenons à la question, que nous avons posée au début de ce chapitre, concernant la prescription décennale des servitudes.

D'après un premier système, les servitudes continues et apparentes ne sont pas susceptibles d'être acquises par la prescription décennale. Ce système se base principalement sur l'art. 690, ainsi conçu : « Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par possession de trente ans. » Si le législateur, dit-on, n'a parlé dans cet article que de la prescription trentenaire, c'est qu'il n'entendait pas qu'on pût prescrire autrement. Il aurait dû mentionner également

Digitized by Google

la possession décennale s'il avait voulu y attacher une valeur; il ne l'a pas fait, c'est donc qu'il n'a pas voulu la rendre applicable aux servitudes. L'art. 690 a bien une forme restrictive, puisqu'il limite le mode d'acquisition; sa disposition est formelle et suffisante, on ne saurait s'en écarter. Pourquoi alors, dans une interprétation trop large, voudrait-on y comprendre un mode d'acquisition qui n'y est renfermé ni explicitement ni implicitement?

Si le législateur avait dit : « Les servitudes « s'acquerront par titre ou par possession », la formule eût été générale, il n'y aurait eu alors aucun motif pour ne pas admettre la prescription décennale; mais la loi est plus précise, puisqu'elle spécifie « par titre ou par possession de trente ans ». Il semble dès lors impossible de pouvoir prescrire par dix à vingt ans, à moins de violer ouvertement le texte de la loi.

D'ailleurs, ajoute-t-on, d'après quelle disposition législative pourrait-on admettre la prescription décennale? Ce ne serait pas en vertu de l'art. 2265, puisque l'application de cet article se trouve écartée par l'art. 2264. Ce dernier article a soin de prévenir que dans le cas où, dans d'autres titres concernant diverses matières, on règlerait la question de la prescription, il n'y aurait plus à y revenir, et que dès lors le titre de la prescription leur resterait étranger. Or l'art. 690, qui se trouve au titre des servitudes, sous cette rubrique « Comment s'établissent les servitudes », dit fort bien que les servitudes continues

Digitized by Google

et apparentes seront acquises par la prescription trentenaire ou par titre. Donc l'art. 2264 recevant ici son application grâce à l'art. 690, l'art. 2265 se trouve écarté.

On invoque ensuite des considérations d'un autre ordre. Le législateur, dit-on, a été fort sage en ne permettant dans la matière que l'emploi de la prescription de trente ans, car si, lorsqu'il s'agit de l'usucapion de la propriété, la privation de jouissance sans protestation aucune de la part de celui au détriment duquel la prescription s'accomplit, peut être considérée jusqu'à un certain point comme une renonciation à un droit préexistant, comme une reconnaissance du droit d'autrui, il ne saurait en être de même pour la prescription des servitudes, dont la possession n'éveille pas au même degré l'attention, qui le plus souvent s'exerce à la faveur de rapports de voisinage, sans qu'il résulte de préjudice réel pour le propriétaire de l'héritage servant, et sans que celui-ci ait nécessairement et toujours un intérêt sérieux à opposer à leur exercice. Si donc on comprend facilement que le législateur ait fermé au propriétaire, à l'usufruitier, l'action en revendication après un délai qui varie entre dix et vingt ans, on s'étonnerait qu'il eût introduit une décision semblable en matière de servitude.

On fait aussi intervenir les considérations générales dont nous avons déjà eu à parler. La prescription décennale est une prescription exceptionnelle; celle de trente ans est, au con-

Digitized by Google

traire, de droit commun : donc, du moment qu'il y a une hésitation possible, qu'il y a des doutes entre l'application de l'art. 2265 et de l'art. 690, on doit trancher la difficulté en faveur de ce dernier, qui se conforme aux principes ordinaires.

Dans un second système, au contraire, on soutient que les servitudes continues et apparentes peuvent être prescrites par dix à vingt ans. On essaie de réfuter ainsi les arguments du système adverse. On ne peut, dit-on, conclure des termes de l'art. 690 qu'il soit exclusif de la prescription décennale et qu'il ait une portée restreinte aux deux cas qui y sont mentionnés : car la loi ne dit pas que les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent que par une possession de trente ans; elle se borne à émettre un principe, savoir : que la prescription de trente ans leur est applicable. Lorsque la loi veut donner une forme restrictive à ses principes, elle le fait d'ordinaire d'une façon explicite; on en a pour preuve l'art. 691, qui vient immédiatement après : Les servitudes discontinues, apparentes ou non apparentes, et les servitudes continues non apparentes, dit cet article, ne pourront s'établir *que* par titres. La différence de rédaction entre les deux articles est sensible; ils ne sauraient avoir une signification équivalente. Le législateur, qui doit surtout viser à la précision et à la netteté, serait autrement inexcusable si, pour donner une seule et même explication, fort simple d'ailleurs, il s'était servi d'expressions pou-

Digitized by Google

vant comporter des sens différents, et cela à quelques lignes d'intervalle.

Mais qu'on veuille d'ailleurs examiner de près l'art. 690, et l'on sera frappé par cette remarque : que le législateur n'y parle que de la prescription qui s'appuie sur la possession ou sur un titre; il ne mentionne pas le titre coloré. Or c'est précisément ce titre coloré qui est la base de la prescription décennale : donc le législateur, ayant omis de dire quel devait être, dans ce cas, le délai de la possession, on doit s'en référer à la matière spéciale à ce genre de titre.

Mentionnons encore l'argument historique, qui joue un rôle fort important dans ce système : Si, dit-on, la loi a parlé dans l'art. 690 de la prescription trentenaire seulement et a passé sous silence la prescription décennale, c'est qu'elle avait un motif particulier pour le faire : on n'était pas partisan, dans l'ancien droit, de la prescription des servitudes même par trente ans. La servitude y était imprescriptible; « nulle servitude sans titre », disait-on, et c'était bien là la maxime généralement adoptée. Nous la retrouvons notamment dans la coutume de Paris (art. 186) et dans la coutume d'Orléans (art. 215); mais, en revanche, on admettait que les servitudes pouvaient être acquises avec un titre coloré, avec un titre n'émanant pas du véritable propriétaire. Aujourd'hui les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la prescription de trente ans. Les rédacteurs du code, voyant les inconvénients de la théorie de l'ancien droit,

Digitized by Google

ont voulu innover dans un sens favorable aux servitudes, dans l'intérêt de la tranquillité publique : afin que les droits ne restent pas trop longtemps incertains, ils ont admis la prescription de trente ans; mais, en permettant une prescription toujours envisagée avec défaveur, et que l'ancien droit repoussait, ils n'ont pas évidemment entendu rejeter une prescription beaucoup plus favorable et que nos anciennes coutumes, si sévères cependant dans la matière, autorisaient sans difficulté. Donc il n'y a pas eu d'innovation sur ce point, et l'on doit suivre les préceptes de l'ancien droit.

On ajoute que l'art. 2265 ne distingue pas, et qu'il accorde la prescription à tout immeuble; or, d'après l'art. 526, les servitudes sont classées parmi les immeubles : donc la prescription décennale leur est applicable.

Quant à l'objection que les partisans du système opposé voudraient tirer de l'art. 2264 combiné avec l'art. 690, on répond que cet article signifie tout simplement qu'en traçant des règles générales le code n'entend pas abroger les dispositions particulières contenues dans d'autres titres. Or ces dispositions ne se trouvant pas renfermées dans l'art. 690 ni ailleurs, l'art. 2264 est inapplicable dans la matière : il y a donc lieu de s'en tenir aux règles énoncées dans l'art. 2265.

Troplong (1), qui est un des plus brillants défenseurs de ce système, termine en ces termes

(1) Troplong, *loc. cit.*, nº 856.

Digitized by Google

son argumentation : « Avec le raisonnement tenu dans l'opinion contraire il faudra dire que l'art. 706 est aussi limitatif, et qu'on ne peut pas le concilier avec l'art. 2265!!! on sera même tenu d'aller jusqu'à décider que l'art. 617 est exclusif de la prescription décennale!!!

« Comme il m'est impossible d'accepter des idées aussi contradictoires aux vrais principes et aux intérêts de la propriété, je ne me sens pas ébranlé par l'arrêt de la cour suprême (1), qui y conduit nécessairement. A mes yeux, la prescription de dix ans, avec titre et bonne foi, est trop favorable pour la placer dans un rang si inférieur à la prescription de trente ans. Je reste donc dans ma conviction, jusqu'à ce qu'on me donne de meilleures raisons pour me prouver que je suis dans l'erreur. »

On fait enfin remarquer que dans le système opposé on commet une injustice fort grande, car on arrive à n'établir aucune différence entre le possesseur de bonne foi qui s'appuie sur un titre et celui qui n'a ni titre ni bonne foi.

Tels sont, en résumé, les arguments à l'aide desquels chacun soutient son opinion. Nous les avons reproduits aussi fidèlement que possible et sans chercher à les affaiblir. La question de la prescription décennale des servitudes ayant un intérêt pratique des plus considérables, il importait de se bien fixer sur l'argumentation employée dans chacun des deux systèmes. A

(1) Cassation, 10 déc. 1834. Sirey, 35, 1, 24.

quelle solution faut-il maintenant s'arrêter? Nous préférons la première. L'acquisition des servitudes continues et apparentes par la prescription de dix à vingt ans nous semble bien positivement repoussée par l'art. 690. On voudrait échafauder tout un système sur la conjonction « que, » qui se trouve dans l'art. 691 et n'existe pas dans l'art. 690; mais cela nous paraît un peu hasardé. Ce n'est pas la première fois que le législateur, dans un but d'élégance de style ou pour tout autre motif, emploie des termes différents pour une même signification; aussi faut-il toujours bien plus s'attacher à saisir son esprit qu'à éplucher ses mots. Or il est incontestable que la première pensée qui se dégage de l'art. 690, est que le législateur a voulu fixer les modes d'acquisition de la servitude : « Il y en a deux, nous dit-il, le titre et la possession de trente ans. » Il ne mentionne pas la prescription de dix à vingt ans; elle s'en trouve donc virtuellement exclue.

Lorsqu'on demande à une personne par quelle route on peut arriver à tel endroit, et qu'elle vous répond : « Vous pouvez y arriver par les chemins nos 1, 2 et 3 », sa réponse exclut bien les chemins nos 4 ou 5. Or le législateur, dans l'art. 690, répond à une question semblable : « Comment s'acquièrent les servitudes? — Par titre ou par la possession de trente ans. »

On veut faire jouer un grand rôle à la question historique; mais il faudrait prouver d'abord que le code s'en est référé à l'ancien droit

Digitized by Google

sur ce point, et cela nous semble incompatible avec l'art. 690. Si d'ailleurs il est vrai qu'on admettait autrefois dans certaines coutumes la prescription par dix à vingt ans en vertu d'un titre coloré, c'est que c'était là un tempérament à la rigueur de la maxime généralement suivie : « Nulle servitude sans titre »; maxime qui dans la pratique amenait de très fâcheux résultats, et qu'on avait cru nécessaire d'atténuer en admettant la prescription décennale. Le code n'est pas venu compléter cette matière; il a créé un système complet qui se suffit à lui-même.

Disons aussi que s'il y a un doute sérieux sur ce point, il faut s'en référer aux règles de droit commun, soit, par conséquent, à la prescription de trente ans; et on doit d'autant mieux le faire en matière de servitudes, que c'est là un démembrement fâcheux de la propriété, contraire à son unité, et que le législateur lui-même voit toujours avec défaveur. Le doute ne doit donc pas s'interpréter favorablement aux servitudes, mais contre elles.

On objecte qu'avec notre système on n'établit aucune différence entre le possesseur de bonne foi qui s'appuie sur un titre, et celui qui n'a ni titre ni bonne foi. Cela est vrai; mais n'oublions pas que la prescription acquisitive repose sur deux idées fondamentales : assurer la propriété en supprimant au bout d'un certain temps de possession toute incertitude; et, d'un autre côté, punir un propriétaire négligent, qui peut être

Digitized by Google

considéré comme ayant fait abdication de son droit. Or cette dernière idée, à tort ou à raison, a guidé le législateur, qui a admis la prescription de dix à vingt ans selon que le propriétaire avait plus ou moins de facilité pour connaître la possession d'un usurpateur, selon que sa négligence était plus ou moins coupable. Si donc le législateur a fait beaucoup dans l'intérêt du possesseur, il n'en préfère pas moins cependant les droits du propriétaire; aussi veut-il, avant de sévir, s'assurer si sa négligence est certaine, son erreur inexcusable. Or si celui qui prend la possession de la chose peut facilement se rendre compte de ce qui lui est enlevé, il n'en est pas de même du propriétaire chez lequel on établit une servitude; nous en avons donné les motifs en développant les arguments donnés par les partisans du système que nous avons adopté. Il n'était donc pas juste de laisser sans distinction l'acquisition par prescription de la propriété ou de l'usufruit et des servitudes. Le législateur nous donne un exemple bien frappant de l'esprit qui l'a guidé, dans l'art. 2180, relatif aux hypothèques. Cet article dit, en effet, que la prescription de l'hypothèque ne courra à l'égard du créancier qu'à partir de la transcription. La raison en est que le créancier n'est prévenu que par la transcription du changement opéré dans la propriété de l'immeuble, sa garantie. Si, au contraire, le législateur avait eu principalement en vue les intérêts du possesseur, il eût fait courir le délai d'affranchissement de l'hypothèque du

jour de la prise de possession et non de la transcription. Mais cette théorie eût été contraire à son esprit général, qui veut qu'il y ait contre la négligence du propriétaire, sinon des preuves convaincantes, au moins des présomptions très fortes.

Tels sont les motifs qui nous portent à adopter de préférence le premier système. La doctrine et la jurisprudence (1) sont fort divisées sur la matière, quoiqu'il y ait une tendance assez prononcée en faveur du système que nous avons adopté.

La même question s'est posée à l'égard des servitudes continues non apparentes, et des servitudes discontinues apparentes ou non apparentes. Peuvent-elles s'acquérir par la prescription décennale? Notre réponse ne peut être douteuse, surtout étant donnée notre opinion sur l'art. 690. L'article 691 est encore plus formel et adopte même la forme limitative : « Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. La possession même immémoriale ne suffit pas pour les éta-

(1) Pour le premier système : Toullier, III, 630; Pardessus, II, 268 ; Marcadé sur l'art. 690 ; Demante, cours II, 546 ; Demolombe, XII, 781 ; Zachariæ, § 251 ; Aubry et Rau, t. III, § 251. — Cass. civ., 10 déc. 1834, Sir. 35, 1, 24. — Req., 23 nov. 1875, D. P., 16, 1, 423. — Pour le deuxième système : Delvincourt, 1, p. 413; Duranton, V, 593; Troplong, II, 856; Vazeille, des presc., I, 419; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, II, 348. — Cassation, 16 juillet, 1849, 1, 545.

Digitized by Google

blir, sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession dans le pays où elle pouvait s'acquérir de cette manière. »

Le texte de l'art. 691 ne semble pas devoir laisser matière au doute; on a cependant trouvé qu'il est fort discutable, et un grand nombre d'auteurs s'accordent à dire que cet article ne mentionnant pas le titre coloré, il ne se trouve pas exclu de l'application de l'art. 2265, ou bien il se trouve compris dans la dénomination générale du mot « titres » dont se sert le législateur. Les auteurs qui soutiennent ce système sont seulement en désaccord sur le délai utile à prescrire : les uns, tels que Toullier (1) et Favard (2), pensent que la prescription trentenaire seule sera possible, à l'aide d'un titre coloré; les autres, notamment Delvincourt (3), Duranton (4), pensent, au contraire, que l'usucapion par dix à vingt ans pourra être invoquée parce que l'art. 691 n'indiquant pas le délai, on doit s'en référer aux règles ordinaires en matière de prescription.

Quoi qu'il en soit sur cette différence de délai, ces auteurs puisent leur système dans l'ancien droit. Nulle servitude sans titre, tel est, disait-on, le précepte à suivre. Et les coutumes le reproduisaient sans commentaire. « Droit de ser-

(1) Toullier, *loc. cit.*, n° 629.
(2) Favard de Langlade, *Servitude*, sect. 3, § 5.
(3) Delvincourt, *loc. cit.*, n° 413.
(4) Duranton, *loc. cit.*, n° 593.

Digitized by Google

vitude ne s'acquiert par longue jouissance, quelle qu'elle soit, *sans titre,* encore que l'on ait joui par cent ans », portait l'art. 186 de la coutume de Paris. « La coutume d'Orléans n'était pas moins précise dans son art. 225 : « Droits de servitude ne portent saisine à celui qui les a, *s'il n'a titre valable;* et sans titre valable ne les peut acquérir par quelque laps de temps que ce soit. » Tous ces textes ne repoussaient donc que la possession sans titre, et on comprend qu'ils se prêtaient fort bien à l'admission de la prescription avec titre et bonne foi. Tel était, du reste, l'avis de nos anciens jurisconsultes. Brodeau (1) regardait le principe comme certain, et Ferrière (2) le trouvait également à l'abri de toute controverse. Pothier (3), commentant l'art. 225 de la coutume d'Orléans, ne peut s'empêcher non plus d'en tenir compte. Quant à d'Argentrée (4), il est encore plus précis, et, en étudiant les dispositions de l'art. 271 de la coutume de Bretagne, il n'hésite pas à conclure, après de longs développements, que la prescription de dix à vingt ans est admise par la coutume aussi bien pour les servitudes continues et apparentes que pour les servitudes continues non apparentes, ou discontinues apparentes ou non apparentes.

Il est possible qu'il en fût ainsi sous l'empire du droit coutumier, et que les raisons mises en

(1) Brodeau, sur l'art. 186, n° 8.
(2) Ferrière, id., glose 1, n° 8.
(3) Pothier, sur Orléans, introd. au t. 13, n° 8.
(4) D'Argentrée, sur Bretagne, p. 1255.

Digitized by Google

avant par les jurisconsultes de l'époque eussent une valeur sérieuse; mais nous ne sommes plus sous l'empire de ce droit. Le droit ancien est, en vérité, une des sources principales de nos lois : il est bon d'y avoir recours et de le consulter lorsqu'on se trouve en présence d'un texte obscur, lorsque l'interprétation est difficile; mais, en présence d'un passage aussi clair, aussi net que l'art. 691, la tradition du droit romain, le droit coutumier doivent être écartés sans aucun doute. « L'art. 691, dit Troplong (1), se borne-t-il à exclure la possession sans titre? Laisse-t-il une place à la possession titrée? Non sans doute. Voyez ces expressions énergiques dans leur portée exclusive, *ne peuvent s'établir que par titres*. Donc la prescription, quelle qu'elle soit, est positivement rejetée, et la prescription avec titre, malgré sa faveur ordinaire, est inefficace. » C'est qu'en effet le titre coloré ne peut se suffire à lui-même : il lui faut un soutien, un appui, quelque chose qui l'accompagne; et c'est dans la possession qu'il trouve ce qui lui manque pour être complètement efficace. Or l'art. 691 n'en veut pas de la possession : serait-elle immémoriale, elle est impropre à faire acquérir un droit; et sans elle le titre se trouverait seul admissible. Or, qu'est-ce un titre coloré sans son complément naturel, la possession? C'est le néant, c'est un vain mot qui n'a ni force ni valeur. Si dans l'ancien droit on

(1) Troplong, *loc. cit.*, n° 837.

Digitized by Google

y attachait une vertu particulière, il ne l'acquérait pas seul, mais avec l'aide de la possession. Il en était alors comme aujourd'hui : dans le cas où on l'admet, c'est accompagné d'une possession qui doit avoir une certaine durée.

Concluons, par conséquent, que l'acquisition, à l'aide d'un simple titre coloré par quelque laps de temps que ce soit, sera impossible (1).

Cette décision sera d'ailleurs en harmonie avec l'équité, car si nous admettons que la négligence se fera peu sentir de la part du propriétaire qui tolèrera une servitude continue et apparente, à plus forte raison en sera-t-il de même lorsqu'il s'agira d'une servitude non apparente ou discontinue, qu'elle soit apparente ou non. Le propriétaire a pu, sans être taxé de négligence, la laisser passer inaperçue, alors surtout qu'il n'habite pas les lieux; il a pu aussi la souffrir sans protester, tant le préjudice qui lui est occasionné dans ce cas peut être minime : il n'y avait pas à ses yeux une atteinte directe, manifeste à son droit de propriétaire, et il a gardé le silence. Il a voulu aussi peut-être se montrer voisin conciliant, éviter des procès désastreux; la loi ne saurait l'en punir.

(1) Req., 2 juill. 1879, D. P., 1. 119.

Digitized by Google

CHAPITRE VII.

DES EFFETS DE LA PRESCRIPTION PAR DIX A VINGT ANS.

Aux termes de l'art. 2265, celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble en prescrit *la propriété* par dix à vingt ans. Ces expressions sont des plus générales; elles ont aussi donné naissance à quelques difficultés.

Par propriété faut-il entendre la propriété pleine et entière, telle qu'elle est définie par l'art. 544? La prescription s'applique-t-elle aux droits réels dont l'immeuble prescrit peut être grevé, aux servitudes personnelles, à l'usufruit, par exemple, qui était dû par le véritable propriétaire? En d'autres termes, lorsqu'on est arrivé à la prescription de la propriété, a-t-on acquis également, par une prescription distincte, le moyen de se soustraire aux droits qui frappaient l'immeuble? Ainsi Primus achète *a non domino* un immeuble grevé d'usufruit et d'une servitude réelle; il le possède de bonne foi pendant dix ou vingt ans; aucune réclamation ne s'est élevée de la part du propriétaire, de l'usufruitier, ni de celui à qui appartient la servitude réelle. Primus a-t-il prescrit *erga omnes*? l'immeuble lui appartient-il en pleine propriété? toutes les charges antérieures sont-elles anéanties? — Le silence du code a laissé

Digitized by Google

sur ces points le champ libre à la discussion; aussi des interprétations différentes sont-elles données et admises. Nous les examinerons avec soin, après avoir fait connaître quelles étaient les décisions de l'ancien droit dans la matière.

L'art. 114 de la coutume de Paris fait de la prescription décennale un moyen d'effacer les charges réelles qui grèvent l'immeuble, et cela sans distinguer s'il s'agit de prescrire la propriété ou seulement un de ses démembrements. Cet article est ainsi conçu : « Quand aucun a possédé et joui par lui et ses prédécesseurs, desquels il a le droit et cause, d'héritage ou de rente, à juste titre et de bonne foi, par dix ans entre présents et vingt ans entre absents, âgés et non privilégiés, franchement et paisiblement, sans inquiétation d'aucune rente ou hypothèque, tel possesseur dudit héritage ou rente a acquis par prescription contre toutes rentes et hypothèques prétendues sur ledit héritage ou rente. » Pothier (1) commente cet article, et déclare qu'il ne doit pas être pris *restrictivè*. Il fait remarquer que cette prescription n'est pas celle à l'effet de libérer, mais bien à l'effet d'acquérir; car elle se fonde sur la juste possession que le possesseur a eue pendant le temps voulu, et sur la juste opinion où il a été qu'il avait un domaine libre et franc des hypothèques et autres charges réelles dont l'héritage était grevé et qui ne lui avaient pas été déclarées. Sa disposition,

(1) Pothier, *Præsc.*, nº 136.

Digitized by Google

dit-il, s'étend « généralement à toutes les différentes espèces de droits réels que des tiers peuvent avoir sur l'héritage, qui diminuent la perfection du domaine de l'héritage, que l'acquéreur, à qui ces droits n'ont pas été déclarés par son contrat d'acquisition, croit avoir acquis franc et libre desdits droits. L'effet de cette prescription est, comme nous l'avons dit, de faire acquérir à l'acquéreur un domaine de l'héritage aussi parfait qu'il a eu un juste sujet de le croire, en affranchissant l'héritage de tous les droits réels dont il est chargé, qui en diminuaient la perfection. »

Cette théorie était celle du droit romain. C'était un des avantages de la prescription sur l'usucapion; car, tandis que l'usucapion se contentait de transférer l'immeuble, tel que l'avait eu le précédent propriétaire, avec les servitudes et les hypothèques dont il était grevé, la prescription décennale et vicennale, au contraire, permettait de repousser la revendication du propriétaire et les actions exercées pour servitudes, hypothèques et autres droits ayant affectation sur la chose.

En est-il de même sous l'empire du code? Oui, nous croyons qu'il en est ainsi en principe, sauf cependant pour les servitudes, comme nous le verrons plus loin. La prescription de dix à vingt ans ne se borne pas à consolider la propriété entre les mains des tiers acquéreurs; elle l'affranchit encore des charges dont elle était grevée. La propriété rétroagit au jour où elle a

Digitized by Google

commencé; elle convertit en droit l'état de fait qui a existé un certain temps. Prenons d'abord comme exemple le cas où l'immeuble cédé est affecté d'un droit hypothécaire. L'art. 2180-4° est précis sur la question. Il y est dit que la prescription est acquise au débiteur, quant aux biens qui sont dans ses mains, par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent le privilège ou l'hypothèque; et, quant aux biens qui sont dans la main d'un tiers détenteur, elle lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit. L'article ajoute que dans le cas où la prescription suppose un titre, elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur les registres du conservateur.

On a élevé une critique contre l'art. 2180-4°, paragraphe 1er. Il était inutile, dit-on, de déclarer que lorsque les biens hypothéqués se trouvent entre les mains du débiteur, la prescription est acquise par le temps fixé pour la prescription des actions qui donnent l'hypothèque ou le privilège. C'est là une répétition du 1° de l'article, où l'on dit que l'extinction de la dette amène à sa suite celle de l'hypothèque. Mais les rédacteurs du code avaient une raison particulière pour faire application à la prescription de la règle générale posée dans le 1° de l'article; ils voulaient abroger la fameuse loi *Cum notissimi*, aux termes de laquelle, quand l'immeuble hypothéqué était resté aux mains du débiteur, la prescription de l'action hypothécaire avait lieu

Digitized by Google

par quarante ans, alors que l'action personnelle se prescrivait par trente ans.

Lorsque l'immeuble hypothéqué est passé entre les mains d'un tiers détenteur, la prescription de l'hypothèque doit alors réunir les conditions ordinaires exigées pour la prescription de dix à vingt ans. Mais il ne faudra pas confondre cette prescription avec l'usucapion de la propriété, dont elle est complètement indépendante, bien qu'elle soit comme cette dernière fondée sur la possession. Il en résultera que le possesseur d'un immeuble hypothéqué pourra fort bien acquérir la propriété avant l'affranchissement de l'hypothèque ou réciproquement, suivant que le propriétaire ou le créancier sera ou non domicilié hors du ressort; et il arrivera ainsi que si l'acquéreur est de bonne foi quant à la propriété, et de mauvaise foi quant à l'hypothèque : il prescrira la première par dix à vingt ans, et ne pourra prescrire la seconde que par trente ans.

Si l'immeuble grevé d'hypothèque a été transmis par le véritable propriétaire, la prescription contre ces hypothèques s'effectuera comme s'il y avait lieu de prescrire les hypothèques et l'immeuble hypothéqué.

Nous avons dit que les conditions pour l'affranchissement de l'hypothèque sont les mêmes que pour l'acquisition de la propriété. Il faudra donc une possession réunissant les conditions prescrites par l'art. 2229, et un juste titre et la bonne foi.

Digitized by Google

Cette dernière condition a fait naître quelques difficultés. Tout le monde reconnaît bien qu'elle est nécessaire, mais on est en désaccord sur la façon dont elle doit être exigée. Certains auteurs (1) soutiennent que la connaissance par l'acquéreur de charges hypothécaires ne suffit pas pour le constituer en état de mauvaise foi, car il a pu espérer que le débiteur acquitterait ses dettes et dégrèverait l'immeuble. On ne saurait, dit-on, faire exception à cette règle que dans le cas où les hypothèques auraient été, dans le contrat d'aliénation, l'objet d'une déclaration expresse de la part de l'aliénateur. On fait observer aussi que l'art. 2180 ne fait aucune mention de la bonne foi.

Nous n'hésitons pas à repousser cette théorie. Elle nous semble aussi contraire aux traditions de l'ancien droit qu'aux principes qui nous régissent en matière de prescription de dix à vingt ans. Tous nos anciens auteurs s'accordent à dire que pour savoir si le tiers acquéreur pouvait opposer la prescription décennale ou vicennale, on recherchait, en fait, s'il avait ou non connu les charges hypothécaires, et en cas d'affirmative ils décidaient qu'il y avait mauvaise foi et, par suite, impossibilité de prescrire par dix à vingt ans. Sans doute l'art. 2180 ne parle pas spécialement de la bonne foi ; mais cette mention était inutile, car le législateur a soin de

(1) Duranton, XX, 315 ; Delvincourt, III, p. 386 ; Grenier, II, 515.— Bourges, 31 déc. 1830 ; Sirey, 31, 2, 266. — Bourges, 17 avril 1839; et Sirey, 39, 2, 449.

Digitized by Google

dire qu'il entend soumettre l'hypothèque aux mêmes conditions de prescription que la propriété. Ce n'est que dans le cas où il aurait voulu qu'on adoptât des règles spéciales en matière de bonne foi qu'il aurait dû le dire clairement; il ne l'a pas fait, c'est donc qu'il a voulu qu'on restât dans le droit commun. Le titre dont il est question doit être le même que celui qui est mentionné dans l'art. 550 : le possesseur est de bonne foi quand il possède, comme propriétaire, en vertu d'un titre dont il ignore les vices. Il cesse d'être de bonne foi lorsque ses vices lui sont connus ; or ici le vice du titre consiste dans la connaissance de l'existence de l'hypothèque. La bonne foi n'existera donc, aux termes de l'art. 550 combiné avec l'art. 2180, qu'autant que le tiers acquéreur aura ignoré que des charges hypothécaires affectent l'immeuble.

Il suffira, comme pour l'usucapion de la propriété, que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition. La bonne foi sera aussi toujours présumée en faveur du tiers détenteur, et c'est aux créanciers hypothécaires qui allèguent sa mauvaise foi à la prouver.

Mais, outre les conditions ordinaires, l'art. 2180-4° nous signale une condition spéciale pour la prescription de l'hypothèque : elle ne commencera à courir que du jour où le titre aura été transcrit sur le registre du conservateur. Il faut donc ici qu'une formalité préalable ait été remplie ; c'est la transcription. S'il n'en est pas de même quand il s'agit de la prescription de la

Digitized by Google

propriété, c'est que le propriétaire est averti, par le fait même de sa dépossession, que son immeuble se trouve entre les mains d'un tiers; tandis que la situation n'est pas la même pour les créanciers hypothécaires, ils ne peuvent deviner que l'immeuble qui leur a été hypothéqué n'est plus entre les mains de leur débiteur : il faut qu'un signe public vienne les avertir; ce signe, c'est la transcription.

En résumé, nous voyons que la prescription de dix à vingt ans, en supposant les conditions prescrites par la loi accomplies, rend le possesseur propriétaire et affranchit également l'immeuble des hypothèques qui pourraient le grever.

En est-il de même en matière d'usufruit? Celui qui par juste titre et avec bonne foi a acquis, soit du nu-propriétaire, soit d'un non-propriétaire, un immeuble grevé d'usufruit, peut-il acquérir l'affranchissement de cet usufruit par une possession de dix à vingt ans? — La question est controversée.

Dans un premier système on soutient que l'acquéreur de la pleine propriété d'un immeuble, n'ayant pas entendu acquérir et posséder l'usufruit comme tel, n'a pu, à l'aide de la prescription acquisitive, réunir cet usufruit à la propriété.

Un des grands arguments de ce système est puisé dans l'art. 2180. Cet article, dit-on, autorise le tiers détenteur d'un fonds grevé d'hypothèque à en prescrire la liberté par dix à vingt

Digitized by Google

ans; mais il ne parle pas de l'usufruit. Or s'il avait voulu en faire autant pour l'usufruit, il se fût exprimé clairement sur ce point. Le silence du législateur doit donc être considéré comme une preuve manifeste que l'art. 2265 est inapplicable dans ce cas à l'usufruit.

De plus, ajoute-t-on, l'application de l'art. 2265 se trouve écartée par la combinaison des art. 2264 et 617. Ce dernier article, en effet, mentionnant les causes d'extinction de l'usufruit, ne parle que du non-usage du droit pendant trente ans; c'est donc qu'il repousse la prescription décennale.

Cette argumentation est loin de nous convaincre, et nous préférons le second système, qui consiste à dire que l'on peut fort bien acquérir l'affranchissement de l'usufruit, grevant l'immeuble possédé, par la prescription de dix à vingt ans.

A la première objection nous répondrons, que s'il est exact de dire, dans une argumentation assez subtile, que l'acquéreur n'a possédé l'usufruit que comme un attribut de la pleine propriété et non comme un démembrement de cette dernière, il n'en a pas moins exercé, en fait, la jouissance que l'usufruitier aurait dû exercer. Il en résulte que l'acquéreur s'est substitué d'une façon complète à l'usufruitier, qu'il a fait tout ce que celui-ci aurait dû faire, et cela doit suffire pour consolider son acquisition.

Quant à l'argument tiré de l'art. 2180, on ne saurait y attacher une plus grande importance.

Digitized by Google

C'est d'abord une sorte d'argument *a contrario*, qui, comme tel, doit être pris avec une grande réserve. Ajoutons que la valeur de cet argument tombe devant cette considération, à savoir que les rédacteurs du code avaient, pour parler de la prescription de l'hypothèque, des motifs particuliers qui n'existaient point quand le fonds était grevé d'usufruit ou d'une servitude. Le législateur avait, en effet, à faire ressortir la différence qui existe entre la prescription de l'hypothèque quand l'immeuble est resté entre les mains du débiteur, et la prescription lorsque c'est un tiers détenteur, au contraire, qui détient l'immeuble. En second lieu, le législateur avait à mentionner une condition spéciale, que nous avons signalée, en matière d'hypothèque : nous voulons parler de la transcription du titre. Toutes ces raisons n'existant pas pour les autres droits réels, il était inutile de faire un article particulier pour chacun d'eux, alors que les règles ordinaires leur étaient applicables.

On a voulu objecter que l'art. 2264, combiné avec l'art. 617, ne laissait aucune place à l'art. 2265 ; mais nous ne pensons pas qu'il puisse en être ainsi. En effet, on reconnait généralement que l'usufruit peut s'acquérir par la prescription de dix ans à vingt ans, que l'acquéreur de l'usufruit d'un immeuble déjà grevé d'usufruit est régi par l'art. 2265. Ce point est à peu près à l'abri des controverses. Il serait dès lors illogique qu'il n'en fût pas de même pour l'affranchissement d'un immeuble grevé d'usufruit.

Digitized by Google

Comment pourrait-on admettre, en effet, que l'usufruitier fût, par suite d'une prescription acquisitive, privé de son droit vis-à-vis de celui qui n'aurait acquis que l'usufruit, et que cependant il le conservât, malgré cette prescription, au regard de celui qui aurait acquis la pleine propriété? Il y a eu dans les deux cas une jouissance exercée par un tiers aux dépens de l'usufruitier, il ne serait donc pas rationnel de faire une distinction : il faut accorder ou refuser dans les deux hypothèses la prescription. A moins de preuves plus convaincantes que celles qu'on nous oppose, il nous est permis de croire que le législateur n'a pas été inconséquent. Donc, sur ce point encore, nous admettrons qu'en prescrivant la propriété, on peut prescrire l'usufruit par le même laps de temps.

La solution que nous venons d'adopter pour l'usufruit doit-elle l'être également pour les servitudes? Ainsi, Primus achète *a non domino* un immeuble grevé d'une servitude que Secundus, vendeur, ne lui fait pas connaître. Supposons que Tertius, auquel est due cette servitude, ne l'exerce pas pendant les années qui suivront son acquisition : sera-ce au bout de dix ans ou de trente ans seulement que le fonds acquis par Primus sera libéré? — La question est des plus vivement débattues. Elle se posait à peu près dans les mêmes termes dans l'ancien droit. L'art. 706 du code Napoléon, qui décide que la servitude est éteinte par le non-usage pendant trente ans, est en effet conforme à l'art. 186 de

Digitized by Google

la coutume de Paris, qui portait la même décision. La même objection qu'aujourd'hui se posait alors, et Pothier la résolvait dans les termes suivants : « Je réponds, dit-il, que la prescription de trente ans, qui fait acquérir la liberté des servitudes dont il est parlé par l'art. 186, est la prescription à l'effet de libérer qui résulte uniquement du non-usage de la servitude et qui en fait acquérir la libération même à ceux qui les auraient constituées ou à leurs héritiers. Ce n'est que de cette prescription qu'il est parlé dans l'art. 186, qui n'a rien de commun avec l'art. 114, qui résulte de la possession qu'un acquéreur de bonne foi a eue d'un héritage qu'il a possédé comme franc des droits de servitude dont il était chargé (1). » Or, dit-on, s'il en était ainsi autrefois, il doit en être de même aujourd'hui; si la décision était bonne alors, elle n'a pu devenir mauvaise avec le temps, et l'art. 706 ne peut pas être plus difficile à concilier avec l'art. 2265 que l'art. 114 avec l'art. 186 de la coutume.

Malgré cette argumentation pressante, nous croyons que la véritable doctrine n'est pas là, et il nous semble plus conforme aux textes du code et aux véritables principes du droit de décider que les servitudes ne peuvent être éteintes que par un non-usage de trente ans, alors même que le fonds assujetti est possédé par un tiers qui l'a acquis par juste titre et de bonne foi, comme exempt de servitude.

(1) Pothier, *Prescript.*, nº 139.

Digitized by Google

L'art. 2265 n'est pas applicable dans la matière, parce que dans le titre consacré aux servitudes, l'art. 706 indique d'une façon précise le temps nécessaire pour l'extinction d'une servitude, et le délai en est fixé à trente ans. Or l'art. 2264, prévoyant l'hypothèse, a soin d'avertir que l'art. 2265 doit être écarté chaque fois que le législateur aura dans une matière fixé la durée de la prescription qui lui est propre; et c'est précisément ce qui a été fait dans l'art. 706.

On élève alors une grave objection contre cette façon de raisonner, et l'on fait remarquer que, pour être logique, il eût fallu accorder la même valeur au rapprochement des art. 2264 et 617. Nous avons admis, en effet, que l'usufruit, malgré les dispositions de l'art. 617, pouvait s'éteindre par dix à vingt ans. Mais des raisons spéciales ont motivé notre décision, il ne faut pas l'oublier : l'usufruit immobilier étant susceptible de s'acquérir par la prescription de dix à vingt ans, il fallait, sous peine d'être illogique, reconnaître qu'il pouvait aussi s'éteindre indirectement par le même laps de temps. Ce point a été suffisamment élucidé, pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y revenir. D'un autre côté, il existe une très grande différence entre l'usufruit et la servitude. Celui qui possède comme franc un immeuble grevé d'usufruit, exerce la jouissance appartenant à l'usufruitier, et se trouve ainsi en position d'éteindre le droit de ce dernier, en l'acquérant pour son propre compte; il peut dire avec juste raison, puisque cela est en réa-

lité, qu'il a acquis le droit de jouir qui appartenait à l'usufruitier, et ce droit peut s'acquérir par dix à vingt ans. Or les mêmes raisons ne militent pas en faveur du tiers possesseur, qui prétend se prévaloir de la prescription, comme ayant éteint la servitude qui grevait son fonds : il ne peut pas dire qu'il a acquis cette servitude pour son propre fonds; il ne peut que soutenir qu'il s'est libéré de la charge dont le fonds acquis par lui était grevé. De plus, ainsi que nous l'avons établi dans le chapitre précédent, les servitudes ne peuvent être acquises que par la prescription trentenaire; nous eussions été fort peu conséquents avec nous-mêmes si nous avions admis une décision différente au sujet de l'extinction des servitudes.

Remarquons, d'autre part, que, à la différence de ce qui a lieu pour l'usufruit, le propriétaire de l'héritage servant, en jouissant de la liberté de cet héritage, n'exerce pas le droit du propriétaire du fonds dominant; il ne peut donc arriver à l'affranchissement de son immeuble qu'à la faveur d'une prescription purement extinctive. On pourrait bien dire que le propriétaire assujetti possède la liberté de son fonds; mais c'est là une pure subtilité, car cette liberté est une simple négation de la servitude. Quelle différence avec la situation d'un possesseur qui se trouve en face d'un droit d'usufruit que l'usufruitier n'a pas exercé! Il y a là une extension de la propriété, certaine, évidente, qui doit à chaque instant attirer l'attention de l'usufruitier, éveiller

Digitized by Google

sa méfiance. S'il a été trop négligent, c'est tant pis pour lui, car c'est au grand jour que la jouissance a lieu.

L'usufruitier a un intérêt de tous les instants à exercer sa jouissance, et on se met en opposition directe avec cet intérêt. Il en est bien autrement en fait de servitudes réelles, puisque le propriétaire de l'héritage, auquel une servitude est due, peut, pour bien des motifs divers, ou par suite des circonstances, n'avoir pendant un temps plus ou moins long, aucun intérêt à l'exercer. Il n'y a eu, par conséquent, aucune atteinte directe à son droit, aucun acte même qui puisse l'alarmer. Il était juste, dès lors, qu'en présence de ces situations distinctes, on établit une différence dans le délai exigé pour l'extinction de l'usufruit et des servitudes ; et nous comprenons fort bien que l'abréviation du délai ordinaire soit admise contre l'usufruitier en faveur d'un tiers acquéreur de bonne foi, et rejetée, au contraire, en matière de servitude, dans l'intérêt du propriétaire du fonds dominant.

On objecte que la décision qui est adoptée, pour les privilèges et les hypothèques, en vertu de l'art. 2180, doit l'être également pour les servitudes, car des raisons d'analogie commandent une solution identique.

Nous ne voyons pas trop où se trouve l'analogie; les situations, au contraire, nous semblent complètement différentes, et régies par des règles distinctes. Si pour les privilèges et les hy-

Digitized by Google

pothèques il y a l'art. 2180, on trouve pour les servitudes l'art. 706. Il ne saurait donc exister aucune confusion entre eux, et il n'est pas possible, sous prétexte d'une analogie prétendue, d'appliquer aux uns les règles des autres. N'est-il pas dit d'ailleurs dans l'art. 2180 que la prescription ne court au profit du tiers acquéreur contre les créanciers hypothécaires que du jour de la transcription de son titre? Or où trouverait-on une disposition semblable en matière de servitudes? Le législateur ne s'inquiète nullement d'avertir le propriétaire du fonds dominant de la mutation de propriété qu'a pu subir le fonds servant.

C'est pour ces motifs que nous avons cru pouvoir décider exceptionnellement que l'usucapion n'a pas pour effet d'éteindre les servitudes réelles dont se trouve grevé un immeuble acquis et possédé comme franc, les charges de cette nature ne s'éteignant que par le non-usage pendant trente ans, alors même que l'immeuble grevé aurait passé dans les mains d'un tiers acquéreur.

On s'est demandé si, l'usucapion accomplie, on pourrait encore exiger de l'acheteur le paiement du prix. Certains auteurs prétendent que la vente de la chose d'autrui étant frappée de nullité, aux termes de l'art. 1599, l'acheteur de bonne foi, qui s'est prévalu de la prescription, peut encore invoquer la nullité de la vente pour ne pas payer le prix. Il ne nous semble pas cependant

Digitized by Google

que la nullité de la vente puisse le dispenser de payer le prix lorsqu'il invoque la prescription décennale. En effet, le titre de vente a été utile à l'acquéreur pour arriver à la prescription; or la vente entraîne des obligations de la part du vendeur et de l'acheteur, et parmi les obligations de ce dernier la principale consiste dans le paiement du prix. Si donc l'acquéreur du bien d'autrui veut invoquer la prescription de dix à vingt ans, il doit s'appuyer sur un juste titre; et comment ce titre serait-il juste s'il refusait précisément d'en remplir les conditions essentielles? Ce serait là la négation même du titre qu il invoque. Donc le titre qu'il oppose au propriétaire l'oblige à payer; son refus doit être considéré comme une renonciation à son titre, par suite à la prescription même de dix à vingt ans qui trouve en lui son point d'appui.

Signalons, en terminant, une exception remarquable aux principes que nous avons exposés en matière de prescription décennale. Elle se trouve dans l'art. 966 du code civil. Il y est dit que le donataire, ses héritiers ou ayants-cause, ou autres détenteurs des choses données, ne pourront opposer la prescription pour faire valoir la donation révoquée par la survenance d'enfants, qu'après une possession de trente années qui ne commenceront à courir que du jour de la naissance du dernier enfant du donateur, même posthume. C'est bien là l'exclusion de la prescription décennale. Cette décision

Digitized by Google

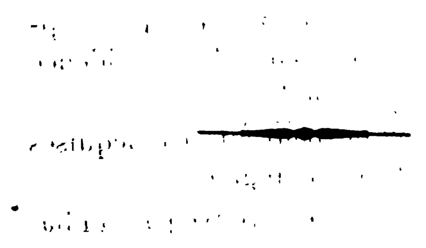
s'explique assez facilement lorsque le bien est resté entre les mains du donataire : le législateur ne veut pas qu'il le détienne par prescription; il veut lui conserver son titre de biens acquis. Or la donation imposant certaines obligations (art. 955), il était juste de conserver au donateur le pouvoir de révocation; mais comme la loi n'a admis aucune distinction, il est difficile de soutenir que l'effet de la prescription libératoire sauvegarde le tiers de la même obligation de restitution. *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.* Il n'y aura donc pas lieu de faire de distinction entre les donataires et ceux qui détiennent la chose en vertu de titres émanés du donataire, ni même avec ceux qui les détiennent en vertu de titres procédant de tiers, ou sans titre et comme simples possesseurs. On a voulu, il est vrai, argumenter des termes de l'art. 966 « ne pourront opposer la prescription *pour faire valoir la donation....* », et dire que les dispositions de cet article ne concernent pas ceux qui possèdent les biens donnés sans titre ou en vertu de titres émanés de tiers, car ces détenteurs n'ont pas précisément à faire valoir la donation, puisque leurs droits proviennent d'une autre source. Mais l'art. 966 est la copie littérale de l'art. 45 de l'ordonnance de 1731; or le conseil d'Etat, en votant l'article, a déclaré adopter le droit établi par cette ordonnance, et, d'après l'opinion à peu près unanime de nos anciens jurisconsultes, l'art. 45 s'appliquait aux détenteurs dont il s'agit. La question semble

Digitized by Google

donc tranchée par notre ancienne jurisprudence. Remarquons d'ailleurs que le texte même indique clairement cette solution, à moins d'admettre, ce qui ne se peut, que les mots « ou autres détenteurs des choses données » sont sans objet; car, en parlant « des héritiers ou ayants-cause du donataire », on avait déjà suffisamment indiqué les successeurs universels du donataire, ses successeurs à titre particulier ou médiat.

L'objection tirée des mots « pour faire valoir la donation » est par suite sans portée, car le législateur ne fait aucune restriction, et se borne là à constater la situation qui se présentera le plus généralement.

Il y a donc de justes raisons de croire que l'art. 966 forme exception à l'art. 2265. Mais dans le dernier cas, que nous venons de discuter, cette exception est pour le moins singulière et ne peut s'expliquer que par le soin tout spécial que le législateur apporte à conserver aux enfants le patrimoine de leur famille, à protéger les enfants et les donateurs eux-mêmes contre les libéralités irréfléchies qu'ils ont pu faire à une époque où il ne leur était pas possible d'en apprécier les inconvénients.



Digitized by Google

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Pour pouvoir intenter la Publicienne il faut avoir possédé.

II. La bonne foi et la juste cause sont distinctes l'une de l'autre.

III. Le propriétaire lui-même peut intenter la Publicienne.

IV. Dans le droit romain, il n'y avait pas de Publicienne rescisoire opposée à la Publicienne ordinaire.

DROIT CIVIL

I. Tout titre subordonné à une condition suspensive ne devient efficace pour l'usucapion qu'à dater de l'avénement de la condition.

II. On doit pour juger s'il y a ou non absence du propriétaire, au point de vue de la prescription décennale, s'attacher au lieu de sa résidence et non au lieu de son domicile.

III. Les servitudes ne peuvent être acquises par la prescription de dix à vingt ans.

IV. La possession d'état ne prouve pas la filiation naturelle.

Digitized by Google

PROCÉDURE CIVILE

L'incompétence des tribunaux civils pour les affaires commerciales est absolue.

DROIT CRIMINEL

I. Dans les cas prévus par les art. 336 et 357 du code pénal, la partie privée en retirant sa plainte arrête le cours de l'action publique qu'elle a mise en mouvement.

II. Il résulte de l'art. 637 I. Cr. qu'après dix années, à compter du jour où le crime a été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite, il n'y aura plus d'action civile, d'action en réparation, non-seulement devant les tribunaux criminels, mais même devant les tribunaux civils.

III. Les soustractions commises par les personnes et au préjudice des personnes énumérées dans le premier alinéa de l'art. 380 c. P. n'ont aucun caractère délictueux.

DROIT COMMERCIAL

I. Dans les marchés par correspondance la convention est parfaite aussitôt que l'offre a été acceptée.

II. Dans le cas où des achats ou des ventes ont été faits par commis-voyageur, il y a présomption de mandat en sa faveur, et le tribunal compétent est celui du lieu où il a contracté.

Digitized by Google

DROIT MARITIME

Le capitaine de navire n'est pas commerçant.

ECONOMIE POLITIQUE

Le rachat des chemins de fer est contraire au développement des transactions.

DROIT DES GENS

Le mariage qu'un Français a contracté à l'étranger n'est pas nul pour le seul motif qu'il n'aurait pas été précédé de publications faites en France.

DROIT ADMINISTRATIF

I. Les fermiers et locataires ne peuvent, en matière d'expropriation, réclamer par analogie l'application des art. 1744 et suiv. C. Nap., relatifs au dédommagement à allouer lorsque le bail peut être résilié par suite de la vente de la chose louée.

II. Lorsque les tiers intéressés auxquels s'applique le § 2 de l'art. 21 de la loi du 3 mai 1841, en matière d'expropriation, n'ont pas fait valoir leurs droits et ne se sont pas fait connaître à l'administration dans le délai de huitaine, qui leur est imparti, ils perdent tout recours pour indemnité non-seulement contre l'expropriant, mais encore contre le propriétaire.

III. En matière d'expropriation, lorsqu'il y a contestation sur l'existence même du bail entre

Digitized by Google

l'expropriant et le locataire, le litige doit être renvoyé devant les tribunaux ordinaires, et le jury ne peut accorder d'indemnité qu'hypothétiquement, c'est-à-dire pour le cas où les tribunaux déclareraient le bail opposable à l'expropriant.

Bordeaux, 14 février.

Vu par le Professeur Président de la Thèse,

LÉO SAIGNAT.

Vu par le Doyen de la Faculté de Droit,

A. COURAUD.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie,

OUVRÉ.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs.

(Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

BAYONNE, — Imprimerie LASSERRE

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

DE LA MANUS

EN DROIT ROMAIN

ÉTUDE

SUR LA VALIDITÉ ET LES EFFETS DES OBLIGATIONS

D'UNE FEMME MARIÉE

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 26 *avril* 1884

PAR

PIERRE CANTELOUBE

Avocat à la Cour d'appel de Bordeaux

BORDEAUX

IMPRIMERIE CENTRALE A. DE LANEFRANQUE

23-25 — *rue Permentade* — 23-25

1884

Digitized by Google

Digitized by Google

FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

MM. COURAUD, ✱, ✪ I., doyen, professeur de *Droit romain.*
BAUDRY-LACANTINERIE, ✪ I., professeur de *Droit civil.*
RIBÉREAU, ✪ I., professeur de *Droit commercial.*
SAIGNAT, ✪ I., professeur de *Droit civil.*
BARCKHAUSEN, ✱, ✪ I., professeur de *Droit administratif.*
DELOYNES, ✪ A., professeur de *Droit civil.*
VIGNEAUX, ✪ A., professeur d'*Histoire du Droit.*
LE COQ, ✪ A., professeur de *Procédure civile.*
LEVILLAIN, ✪ A., professeur de *Droit maritime.*
MARANDOUT, professeur de *Droit criminel.*
CUQ, ✪ I., professeur de *Droit romain.*
FAURE, professeur d'*Économie politique.*
DESPAGNET, agrégé chargé du cours de *Droit international privé.*

MM. LE COZ, licencié en droit, *secrétaire.*
MORTET, *archiviste paléographe*, licencié en droit, *sous-bibliothécaire.*
DIDIER, étudiant en Doctorat, *secrétaire-adjoint.*

COMMISSION DE LA THÈSE

M. COURAUD, *président*

Suffragants : MM. SAIGNAT. BARCKHAUSEN. DELOYNES. LEVILLAIN.

Digitized by Google

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE

DROIT ROMAIN

ACCARIAS. — Précis de Droit romain. 2 vol.

DE BEAUFORT. — Incertitude sur les cinq premiers siècles de l'histoire romaine. 1 vol. — La République Romaine. 2 vol.

BECHMANN. — Das rœmische Dotalrecht. 1 vol.

BOCKING. — De mancipii causis. 1 vol.

DE CAQUERAY. — Explication des passages de Droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron. 1 vol.

CZYHLARZ. — Das rœmische Dotalrecht. 1 vol.

DEMANGEAT. — Cours élémentaire de Droit romain. 2 vol.

DENYS D'HALICARNASSE. — Les antiquités romaines. 2 vol.

DUBOIS. — Institutes de Gaius d'après l'*Apographum* de Studemund. 1 vol.

DUVERGER. — De la condition politique et civile des femmes (Revue pratique, T. XXVI, XXVII, XXVIII, XXIX).

FORCELLINI. — Totius latinitatis lexicon. 1 vol.

FUSTEL DE COULANGES. — La Cité antique. 1 vol.

DE FRESQUET. — De la Manus en Droit romain. (Revue historique, T. II, année 1856.) — Du tribunal de famille chez les Romains. (Revue historique, T. I, année 1855.)

GIDE. — Étude sur la condition privée de la femme dans le Droit ancien et moderne. 1 vol. — Caractère de la dot en Droit romain. (Revue de législation française et étrangère, T. II, année 1872.)

GINOULHIAC. — Histoire du régime dotal. 1 vol.

GIRAUD. — Histoire du Droit romain. 1 vol.

GRUPEN. — De uxore romana. 1 vol.

GUÉRARD. — Essai sur l'histoire du Droit privé des Romains. 1 vol.

HASE. — De manu juris romani antiquioris commentatio. 1 vol.

D'HAUTHUILE. — Origine et progrès du régime dotal à Rome. (Revue de législation et de jurisprudence, T. VII, année 1838.)

HEINECCIUS. — Antiquitatum romanarum syntagma. (Ouvrage revu par Haubold et Mühlembruch.) 1 vol.

HUGO. — Histoire du Droit romain. 2 vol.

HUSCHKE. — Commentaires de Gaius. 1 vol.

KŒNISWARTER. — L'achat des femmes. (Revue de législation et de jurisprudence, T. XXXIV, année 1849.)

LABOULAYE. — Recherches sur la condition civile et politique des femmes, depuis les Romains jusqu'à nos jours. 1 vol. — Les Tables de bronze de Malaga. (Revue historique, T. I, année 1855.)

Digitized by Google

LAFERRIÈRE. — Histoire du Droit civil de Rome. 2 vol.
MAYNZ. — Cours de Droit romain. 3 vol.
MARQUARDT. — Rœmische Privat-Alterthümer. 1 vol.
MOMMSEN. — Histoire romaine. 8 vol.
NEUVILLE. — Textes de M. Pellat sur la dot. (Revue de législation et de jurisprudence, T. XXXIV, année 1849.)
NIEBUHR. — Histoire romaine. 7 vol.
ORTOLAN. — Législation romaine. 3 vol.
PELLAT. — Textes sur la dot traduits et commentés. 1 vol.
PLUTARQUE. — Vies des hommes illustres.
PUCHTA. — Cursus der Institutionen. 2 vol.
DE SAVIGNY. — Traité de Droit romain. 8 vol.
STUDEMUND. — Apographum.
TROPLONG. — Du mariage chez les Romains et de la puissance maritale. (Revue de législation et de jurisprudence, T. XXI.) — Influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains. 1 vol.
VICO. — Scienza nuova.
WOLOWSKI. — De la société conjugale. (Revue de législation et de jurisprudence, T. XLIV, année 1852.)

DROIT FRANÇAIS

AUBRY et RAU. — Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariæ. 8 vol.
BELLOT DES MINIÈRES. — Du contrat de mariage. 4 vol. — Régime dotal et communauté d'acquêts. 4 vol.
BENECH. — De l'élément gallique et de l'élément germanique dans le Code Napoléon. (Acad. de législ. de Toulouse, T. II, p. 5.)
BENOIT. — Traité de la dot. 2 vol. — Traité des biens paraphernaux. 1 vol.
BERTAULD. — Questions pratiques et doctrinales de Code Napoléon, T. I, p. 496.
CHALLAMEL. — Article dans la Revue critique, T. IX, année 1880, p. 1.
DALLOZ. — Répertoire: V[is] Autorisation. — Contrat de mariage.
DELVINCOURT. — Cours de Code civil. 3 vol.
DELOYNES. — Article dans la Revue critique, T. XI, 1882, p. 541.
DEMANTE et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code Napoléon. 8 vol.
DEMOLOMBE. — Cours de Code civil. 31 vol. — Article dans la Revue Wolowski, T. II, 1835, p. 282.
DENISART. — Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle.
DURANTON. — Cours de Droit français. 22 vol.
J. FABRE. — Article dans la Revue générale de Droit. 1881, p. 313.

Digitized by Google

GIDE. — Étude sur la condition privée de la femme dans le Droit ancien et moderne. 1 vol.
GIRAUD. — Histoire du Droit français au moyen-âge. 2 vol.
JOUITOU. — Étude sur le système du régime dotal sous le Code civil. 1 vol.
KŒNIGSWARTER. — Article dans la Revue de législ. et de jurisp. T. XVII, 1843, p. 393.
LABBÉ. — Article dans la Rev. crit., T. IX, 1856, p. 1.
LAFERRIÈRE. — Histoire du Droit français. 6 vol.
LAROMBIÈRE. — Théorie et pratique des obligations. 5 vol.
LAURAIN. — Article dans la Revue pratique, T. XLIX, 1881, p. 216.
LAURENT. — Principes de Droit civil français. 33 vol.
LEBRUN. — Traité de la communauté. 1 vol.
LOCRÉ. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France. 31 vol.
MARCADÉ et PONT. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon. 13 vol.
MASSÉ. — Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens et le Droit civil. 4 vol.
MASSOL. — De la séparation de corps. 1 vol.
MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. 18 vol. — Recueil alphabétique des questions de Droit. 8 vol.
MONNIER. — Article dans la Rev. crit., T. IX, 1880 p. 465.
ODIER. — Traité du contrat de mariage. 3 vol.
EM. OLLIVIER. — Article dans la Rev. prat., T. III, 1857, p. 529.
POTHIER. — Œuvres annotées par M. Bugnet. 11 vol.
PROUDHON. — Traité de l'état des personnes, revu par M. Valette. 3 vol.
RENUSSON. — Traité de la communauté. 1 vol.
RODIÈRE et PONT. — Traité du contrat de mariage et des droits respectifs des époux. 3 vol.
SERIZIAT. — Traité du régime dotal. 1 vol.
TESSIER. — Traité sur la dot. 2 vol. — Questions sur la dot. 1 vol.
TESSIER et DELOYNES. — Traité de la Société d'acquêts. 1 vol.
TOULLIER et DUVERGIER. — Droit civil français suivant l'ordre du Code. 14 vol
TROPLONG. — Commentaire du titre du contrat de mariage. 4 vol.
VALETTE. — Mélanges de Droit, de Jurisprudence et de Législation, T. I, p. 513, 518, 523.
VAVASSEUR. — Article dans la Revue critique, T. VII, 1878, p. 289.
VAZEILLE. — Traité du mariage. 2 vol.

Digitized by Google

Digitized by Google

DROIT ROMAIN

DE LA MANUS

INTRODUCTION

Rien n'est plus varié, dans les annales des peuples, que la manière dont, aux différentes époques et chez les diverses races de l'humanité, ont été compris le rôle de la femme, la part d'autorité qui revient légitimement à l'homme sur elle, en vertu des dissemblances que la nature même a mises dans leur tempérament et leurs aptitudes, les droits et les devoirs du sexe fort vis-à-vis de cet autre sexe créé, suivant les expressions de Michelet, pour « la paix et l'amour, la maternité, l'art, les doux soins de l'intérieur. »

Dans les temps primitifs, il y a eu, au moins pour un grand nombre d'individus, une période de désordre, de chaos moral que l'on retrouve encore aujourd'hui dans quelques contrées demeurées étrangères à tout progrès : l'homme demande alors sa subsistance non à la terre fécondée de ses mains, mais aux produits spontanés du sol ; aujourd'hui ici, demain là, vivant au jour le jour, traînant partout avec lui le fardeau de la misère et de l'oisiveté. La perpétuation de la race s'effectue sans qu'aucune règle y préside ; elle est abandonnée au hasard d'un appétit brutal et passager. L'on devine ce que peut être, au sein d'une pareille barbarie, la condition de la femme : tyrannie sans limites de la part de l'homme, misérable et complète abjection.

Lorsque les peuples, renonçant à la vie nomade, se fixent sur un coin du sol, la famille se constitue tout naturellement, et la condition de la femme en est profondément modifiée : à la plus entière

Digitized by Google

indépendance succède pour elle un état voisin de l'esclavage; mais cette servitude même lui rend sa dignité morale, car elle la partage avec les enfants qu'elle a donnés à son mari. La femme est alors vendue par le père à son époux ; celui-ci acquiert sur elle un pouvoir absolu, le pouvoir d'un propriétaire sur sa chose. Seulement, en dehors de sa maison, elle est honorée, respectée, et cette vénération exerce évidemment sur le mari lui-même une influence considérable. Cette période est celle du régime patriarcal : on en retrouve des traces dans de nombreuses législations et notamment dans la *coemptio* romaine, dans le *pretium nuptiale* des tribus germaines, de nos jours encore chez les Chinois.

Le régime patriarcal, par une troisième évolution de l'humanité, fait place à une nouvelle phase, au groupement des familles en tribus, puis en cités, puis en États ; le pouvoir du chef de famille, en se heurtant alors à une autorité supérieure, diminue, et la condition de la femme change encore une fois, pour s'empreindre du caractère particulier de chaque législation.

En Orient, dans cette patrie du despotisme, la femme appartient à l'homme aussi entièrement qu'une chose quelconque ; elle est adulée dans ses beaux jours, méprisée dès que sa fraîcheur s'est ternie. Les lois religieuses la relèvent pourtant un peu de sa dégradation ; dans l'Inde, la loi de Manou, tout en proclamant l'infériorité de ce sexe « avide de plaisirs, capricieux d'humeur, indigne des cérémonies religieuses », renferme quelques accents pleins d'une touchante délicatesse : « Ne frappez pas, dit-elle, même avec une fleur, une femme souillée de fautes. » La seule destinée de la femme en Orient est de donner une postérité à son époux, et de la conception étroite de ce rôle suivent naturellement le divorce et la polygamie.

Ceux-ci du reste se rencontrent même dans la loi de Moïse et n'en disparurent que peu à peu; c'est qu'une loi se ressent toujours de la barbarie des temps qui la voient éclore, et que toute prescription morale doit, sous peine de demeurer pure théorie, lettre morte, être adaptée aux mœurs du peuple auquel elle s'adresse. Loin d'avilir, comme Manou, la femme au rang d'un meuble coquet et gracieux, Moïse répète : « Vous aimerez la femme de votre jeunesse », et il accorde à la mère sur ses enfants une autorité presque égale à celle du père.

De l'Orient passons en Grèce, et, pour fixer nos regards sur un point de ce pays, considérons Athènes qui l'incarne le mieux ; nous

Digitized by Google

y saluons une amélioration notable dans la condition de la femme. Le caractère des Grecs ressemble en effet bien peu à celui des races orientales : au lieu d'être dur et ombrageux, il est généreux et doux ; les esclaves mêmes sont traités en Grèce avec indulgence. La femme y est cependant encore loin d'avoir conquis une situation brillante et heureuse ! elle est considérée comme un être incomplet, trop faible pour se protéger lui-même. Aussi demeure-t-elle toute sa vie en tutelle, fille ou veuve sous la puissance de son père, épouse sous celle de son époux. Elle est mariée, sans être même consultée à ce sujet, et le citoyen qui l'a reçue des mains du père peut la céder à son tour. Elle est reléguée dans le gynécée et y passe sa vie, pendant que le soin des affaires de l'État attire sur la place publique le mari et l'accapare entièrement. Si enfin le mariage est obligatoire et si chaque citoyen ne peut avoir qu'une femme légitime, il peut du moins prendre une concubine et légitimer, pendant la durée même de l'union conjugale, les enfants qu'il a eus d'elle (v. Isée, de Philoctem. her., 22).

D'autre part, la loi ne laisse pas la femme sans protection ; elle porte les peines les plus graves contre le mari qui abandonne ou maltraite son épouse ; elle autorise celle-ci à demander le divorce devant l'archonte. Elle lui assure en outre la conservation du patrimoine qu'elle a apporté à son mari, en organisant un régime dotal dont les principales dispositions se retrouvent dans les législations modernes. Elle exige que toute femme soit dotée. A la dissolution du mariage, de quelque manière qu'elle survienne, la femme reprend ses biens ; elle est ainsi mieux garantie contre un abus de pouvoir de la part du mari, contre les velléités de divorce que l'inconstance pourrait suggérer à ce dernier.

En résumé, dans la législation athénienne, la condition de la femme mariée nous apparaît en sérieux progrès sur le despotisme oriental, mais il y a loin encore de ce progrès à celui que réalisaient, à la même époque, les lois et surtout les mœurs du peuple romain.

L'identité d'origine entre les Grecs et les Romains éclate dans les analogies qu'offrent les deux langues, dans une foule d'institutions communes aux deux nations, et notamment dans l'organisation de la famille, la toute puissance du père, la religion du foyer, le culte des ancêtres, les formes du mariage, la monogamie, la dévolution des successions. Cette identité d'origine, qu'on ne saurait révoquer en doute, suffit à rendre compte des ressemblances notables

Digitized by Google

qu'offre le droit des deux pays, et il n'est point du tout besoin, pour les expliquer, d'admettre la vieille idée d'un emprunt que les Romains auraient fait aux lois de Solon, lors de la confection des XII Tables. Pomponius (loi 2, § 4. Dig. liv. I, tit. 2) et Tite Live (liv. III, §§ 31 et 32) présentent, il est vrai, cet emprunt comme un fait historique incontestable, mais ils vivaient à une époque bien éloignée de celle-là, et puis l'on sait que les Romains ne se faisaient point faute d'affirmer, comme offrant la plus entière certitude, les légendes les plus douteuses. Vico, le premier, a dénié, au siècle dernier, l'authenticité de cette prétendue députation partie de Rome en quête des lois de l'Attique, et la controverse suscitée par lui n'est pas encore épuisée. Le droit romain des XII Tables, mis en parallèle avec le droit de l'Attique, présente une manifeste originalité ; son matérialisme grossier dans la procédure, son formalisme inflexible, parfaitement d'accord avec le caractère des Romains, sont en complète opposition avec les pratiques judiciaires, idéalistes et larges des Grecs. Or, si à l'époque des XII Tables, Rome s'était inspirée d'Athènes, n'est-il pas très probable que les angles de sa procédure et de son droit se seraient un peu arrondis, leurs arêtes vives un peu émoussées, à ce contact d'une législation qui en était si fort ennemie ? Les ressemblances que l'on observe dans les deux droits, paraissent donc être bien plutôt les derniers vestiges d'une commune origine que le résultat d'une influence directement exercée, à une époque donnée, par l'une des deux législations sur l'autre.

Quoi qu'il en soit, à Rome comme en Grèce, longtemps les femmes ont été soumises, leur vie durant, à une puissance qui enchaînait leur liberté : cette puissance était soit l'autorité du père, soit celle du mari, soit enfin celle d'un tuteur, car les femmes exemptes des deux premières subissaient une tutelle perpétuelle. Quel était le vrai motif de cette tutelle ? Les jurisconsultes romains, qui sans doute le savaient tous à merveille, ne l'ont jamais nettement avoué, par un sentiment peut-être exagéré de délicatesse : la faiblesse de la femme, son ignorance des affaires, dit Ulpien (Règles. tit. XI, § 1) expliquent sa tutelle perpétuelle. Gaius, avec plus de franchise, critique cette raison (Comm. I, § 190), et la déclare *magis speciosa quam vera.* En réalité, les Romains sur ce point ont été beaucoup moins guidés par le désir de protéger la femme que par celui de se protéger eux-mêmes : ménager l'intérêt des tuteurs, en empêchant que la femme dont ils seraient les héritiers présomptifs

Digitized by Google

ne leur ravît son patrimoine par un testament, par des aliénations ou par des dettes ; mettre l'État à l'abri de l'influence féminine, toujours si accrue par la possession et le libre emploi des richesses ; voilà quelles furent les deux raisons maîtresses de cette tutelle perpétuelle qui, née du rude génie des premiers Romains, ne devait guère survivre à la disparition progressive des vieilles mœurs, sous les dernières années de la République.

Mais revenons à la femme mariée qui seule doit être l'objet de ce travail : Dès les temps les plus éloignés, les Romains se firent une idée extraordinairement élevée du mariage. La définition qu'en donnait à l'époque classique Modestin (l. 1 D. XXIII. 2) aurait été bien plus exacte aux temps héroïques et primitifs de leur cité : *Consortium omnis vitæ, divini atque humani juris communicatio*, « la fusion de deux vies, la mise en commun de tous les intérêts temporels et religieux. » Une pareille définition contenait virtuellement la monogamie et l'indissolubilité du mariage. Pourtant le divorce fut législativement admis à Rome, et cela de tout temps, semble-t-il ; mais en fait il est presque aussi certain que le premier divorce fut celui de Spurius Carvilius Ruga, vers l'an 520 de Rome, et qu'ainsi pendant plus de cinq siècles il n'y en eut pas un seul exemple. Quant à la monogamie, elle fut toujours beaucoup plus stricte qu'à Athènes où nous avons trouvé quelque chose de la polygamie orientale ; jamais un citoyen ne put avoir à la fois une femme légitime et une concubine (l. 1 C. V. 26). Bien mieux, longtemps les mœurs rigides et austères des Romains ne tolérèrent point le concubinage entre célibataires, et quand il devint, sous Auguste, d'un usage fréquent, les lois le réglementèrent, en firent un mariage d'un ordre inférieur, soumis lui-même au principe de la monogamie. Par une conséquence évidente, l'ancien droit romain ne connut ni légitimation, ni reconnaissance d'enfants naturels, tandis qu'à Athènes le père pouvait, on l'a vu, même pendant le mariage, décerner la qualité de légitimes aux enfants nés d'une concubine. D'autre part, l'adoption n'a très probablement jamais servi, à Rome, de moyen détourné pour arriver à une légitimation, étant données la nécessité d'une enquête des Pontifes et de la ratification du peuple entier dans les comices assemblés (1).

La femme romaine, élevée, ennoblie par une conception si haute

(1) V. Gaius, Comm. I, § 99. — Cic. Pro domo §§ 13 et 14. — Aulu-Gelle : Nuits att. liv. V, ch. 19.

Digitized by Google

du mariage, n'était point reléguée, comme la femme grecque, dans le silence du gynécée ; elle se tenait dans l'*atrium*, centre de l'habitation où se réunissaient la famille, les amis, les étrangers ; elle partageait l'estime, la considération que son mari avait su gagner auprès de ses concitoyens. Celui-ci n'en possédait pas moins sur elle un pouvoir très étendu, quand, par l'accomplissement de diverses formalités, elle était sortie entièrement de la famille paternelle pour entrer dans celle de son époux ; et ce fut là, pendant longtemps, nous le verrons, la suite nécessaire, inévitable du mariage. Elle se trouvait alors soumise à la *manus* de son mari. C'est la *manus* qui va faire l'objet de notre étude.

Les Romains paraissent avoir attaché d'abord à cette expression un sens très étendu, et s'en être servis pour désigner toute puissance exercée par un citoyen sur une personne libre ou esclave. On en trouve la preuve dans quelques mots formés avec celui-là, tels que : *emancipatio*, *manumissio ;* et aussi dans un petit nombre de textes, notamment un passage de Tite-Live (XXXIV, 2), et une définition d'Ulpien (l. 4, D. I. 1), reproduite par Justinien (Inst. *Princ.* liv. I, tit. 5). Mais, en sus de cette signification vague et générale, le mot *manus* avait un sens particulier, technique, connu de tous. Dans cette acception étroite et de beaucoup la plus usitée, il désignait une puissance du droit civil que Gaius oppose à la *potestas* et au *mancipium.* Il dit en effet (Comm. I, § 49) : *Earum personarum quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in potestate, aliæ in manu, aliæ in mancipio sunt,* et plus bas (I. 109) : *Sed in potestate quidem et masculi et feminæ esse solent, in manum autem feminæ tantum conveniunt*. Dans ces textes, comme dans tous ceux de l'époque classique où il est question de la *manus*, le jurisconsulte vise en même temps deux sortes de *manus* qui méritent cependant d'être distinguées avec soin. En effet, la *manus* primitive, incarnation la plus complète de la puissance maritale à Rome, se transforma dans la main des jurisconsultes, après avoir fourni une longue carrière; sans perdre du reste sa première application, seule sérieuse, elle servit alors, sous le nom de *manus fiduciæ causa,* à éluder de vieilles règles, d'antiques prohibitions du droit civil qui avaient fait leur temps, cessé d'être en harmonie avec les idées et les tendances des nouvelles générations. Ce fut, à vrai dire, une autre institution ; l'étiquette demeura la même, la chose était changée. Aussi ne traiterons-nous que sommairement de cette *manus*, spectre déguisé de l'ancienne qui, elle, fera l'objet presque unique de notre travail.

Digitized by Google

Sans nous préoccuper tout d'abord du côté historique de cette étude, nous examinerons la *manus* en elle-même, nous rechercherons commentelle s'acquiérait, quelle en était la nature exacte, quels en étaient les effets, les modes de dissolution. Alors seulement nous la reprendrons à son origine, nous montrerons aux premiers jours de Rome l'universalité de cette institution, et nous dirons sous l'influence de quelles causes puissantes elle déclina peu à peu, pour disparaître enfin dans le délaissement et l'oubli, tôt ou tard maîtres ici-bas de toutes choses.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

Conditions et Modes d'acquisition de la « Manus »

La première des conditions exigées pour la création de la *manus* était l'emploi de l'un des modes susceptibles de la produire. Comme nous aurons, au cours de ce chapitre, des distinctions à faire, suivant celui d'entre ces modes mis en œuvre, nous allons tout d'abord nous en occuper.

SECTION I

Modes d'acquisition de la « Manus »

La *manus*, au moins à partir des XII Tables et jusqu'à son déclin, s'établissait par l'un des trois modes suivants : *Usus, confarreatio, coemptio* (G. I. 110). En les énumérant dans cet ordre, Gaius s'inspirait sans doute de ce fait que l'*usus* à son époque n'existait déjà plus, que l'emploi de la *confarreatio* était fort restreint, que la *coemptio* seule appartenait encore à la pratique. Nous ne suivrons point cet ordre, et, nous attachant à celui que nous démontrerons plus tard avoir été l'ordre chronologique de l'apparition des trois procédés, nous parlerons d'abord de la *confarreatio*, puis de la *coemptio*, toutes deux contemporaines, et en dernier lieu de l'*usus*.

§ I. — Confarreatio.

La *confarreatio* était une cérémonie religieuse. Cela résulte de tous les textes qui s'en occupent, et notamment d'un passage de Pline ainsi conçu : *In sacris nihil religiosius confarreationis vinculo*

2

Digitized by Google

erat (1). C'était un sacrifice solennel offert à *Jupiter Farreus* (2); le prêtre officiant devait être, dit Servius (3), le grand Pontife ou le Flamine de Jupiter. Dix citoyens romains servaient de témoins; ils représentaient peut-être les dix curies primitives de Romulus, peut-être les dix curies de la tribu de la femme, peut-être aussi les dix *gentes* de sa curie. Des libations étaient offertes, du sel brûlé en guise d'encens, une victime immolée; sur sa dépouille on plaçait deux escabeaux de bois; les fiancés s'asseyaient, la tête couverte d'un voile, et l'officiant leur présentait un pain de froment, *farreus panis* ou *farreum,* qui donnait son nom à la cérémonie (4). Les fiancés rompaient le gâteau, le mangeaient et prononçaient des paroles solennelles; le partage de ce pain symbolisait l'association de la femme aux *sacra* et à la vie entière du mari.

Il est bon d'ajouter que les auteurs et les jurisconsultes romains paraissent n'avoir jamais exactement connu les détails de la *confarreatio;* Gaius et Ulpien sont très laconiques sur ce point; Tacite (annales, IV. 16) nous révèle que ces détails étaient fort compliqués. S'il est vrai, comme nous le pensons, que la *confarreatio* soit de tout temps demeurée propre aux patriciens, on s'explique à merveille le secret et le mystère dont elle semble avoir toujours été enveloppée.

A l'origine de Rome, il est à peu près incontestable que cette cérémonie n'était point accessible à la plèbe: Où se célébrait en effet la *confarreatio?* Non pas dans un temple, devant un des autels de la cité, mais dans la maison du mari, sous l'œil des lares du foyer. Il fallait donc que le mari possédât des *sacra privata.* Or, il est probable que, dans les commencements, les patriciens seuls avaient un culte privé; car ce culte vint des Etrusques, noyau du patriciat romain, peuple religieux à l'excès et complétement opposé de goûts aux autres races de l'Italie, toutes barbares, grossières, uniquement préoccupées de batailles et de conquêtes. Si la plèbe finit par avoir des *sacra,* ce dut être sous l'influence de son contact journalier avec les patriciens, de ce désir ardent d'égalité parfaite qui la dévorait, et surtout par l'effet des liens que faisait naître l'affranchissement ou la clientèle.

---

(1) Histoire naturelle, liv. XVIII, chap. 8.
(2) V. M. Dubois: Comm. de Gaius, p. 67, note 306.
(3) In Georg. liv. I, vers 31.
(4) V. Servius, ad æneid. liv. IV vers 103.

Digitized by Google

A supposer même que les plébéiens eussent des *sacra privata* et pussent ainsi remplir les formalités de la *confarreatio*, ces formalités compliquées et obscures, accomplies avec le concours du grand Pontife ou du Flamine de Jupiter, entraînant sans doute une dépense considérable, ne montrent-elles pas une solennité réservée aux puissants et aux riches, fermée aux humbles de la cité? Puis comment cette solennité essentiellement religieuse aurait-elle pu être à la portée de tous, alors que les patriciens étaient en possession de toutes les fonctions religieuses, comme de toutes les fonctions politiques, et que même longtemps après ils ne cachaient point leurs prétentions à la propriété exclusive de la religion? Enfin, de tout temps à Rome, les enfants nés de parents *confarreati* ont joui de privilèges considérables ; à l'époque de Gaius, ils pouvaient encore seuls aspirer à quelques hautes fonctions religieuses (G. I. 112). Festus de son côté (si toutefois l'on doit ainsi traduire *pueri patrimi et matrimi*, malgré l'autorité du même Festus qui certainement s'est laissé induire en erreur par l'apparence du mot (1), et a voulu en deviner le sens), Festus nous apprend (V° *Patrimi*) que ces enfants pouvaient seuls figurer dans certaines solennités, servir le prêtre ou la prêtresse de Jupiter, accompagner une fiancée et soutenir sa marche. Lors de la reconstruction du Capitole, sous Vespasien, ce furent aussi des enfants *patrimi et matrimi*, qui firent avec les vestales les aspersions d'eau lustrale sur le terrain consacré au temple (Tacite : ann. IV. 53). Ainsi la *confarreatio*, même aux dernières années de Rome, entraînait des effets religieux de diverses sortes ; à l'origine elle devait en produire de plus considérables encore, et c'était là probablement l'avantage principal, le but essentiel de la célébration des *nuptiæ confarreatæ*. Mais ce résultat, précieux pour les patriciens, était indifférent à la plèbe longtemps tenue à l'écart des moindres fonctions religieuses. Celle-ci, par conséquent, alors même qu'elle eût pu faire usage des formes très compliquées de la *confarreatio*, leur aurait sans doute préféré les deux modes très simples de la *coemptio* et de l'*usus*.

Allons plus loin : cet avantage des *nuptiæ confarreatæ*, qui l'a imaginé? qui l'a créé? Les patriciens, comme toutes les autres règles de la cité. Dans quel but? Ne doit-on pas y reconnaître une trace de la préoccupation qui guidait tous leurs actes, le désir de

(1) Cpr. V° *Patrimi* et V° *Flaminia*. — V Hase : de Manu p. 34 et 35.

Digitized by Google

donner une base inébranlable à leur supériorité sur la plèbe? N'est-ce pas le calcul qui les a inspirés en cette occasion comme en toutes ? N'avaient-ils pas deviné qu'il leur serait utile de grouper ensemble toutes les fonctions religieuses, sous le couvert d'un seul monopole, en apparence inoffensif et désintéressé, la *confarreatio,* et qu'ils pourraient ainsi mieux les défendre contre les convoitises de la plèbe ? Ce raisonnement a été sans doute le leur, et il était profondément habile : plus longtemps que tous autres, les emplois religieux ont été réservés aux seuls patriciens. Tandis que la plèbe a conquis en l'année 260 de Rome le Tribunat, en 387 le Consulat, en 416 la Censure, le Sénat, et presqu'aussitôt la Préture, l'Édilité majeure, en un mot une égalité politique parfaite, elle a attendu jusqu'en 453 l'accès à des fonctions religieuses, son entrée aux collèges des Pontifes et des Augures ; pour la première fois, en l'année 500, la dignité de grand Pontife fut confiée au plébéien Tiberius Coruncanus. Certains postes sacerdotaux, ceux de Flamines majeurs, c'est-à-dire de grands prêtres de Jupiter, de Mars ou de Quirinus, lui demeurèrent même toujours fermés (1).

Ainsi, pour les premiers siècles de Rome, il ne saurait y avoir de doute : la *confarreatio* n'était point accessible aux plébéiens. Le devint-elle jamais? Nous ne le pensons pas (2). Remarquons d'abord qu'il aurait été fort adroit de la part des patriciens, lorsqu'ils se virent contraints de céder à la plèbe quelques fonctions religieuses, de supprimer, relativement à ces fonctions, la nécessité de la *confarreatio :* en gardant pour eux seuls cette cérémonie, ils avaient une digue à opposer aux empiètements de la plèbe, une réponse toute prête à ses réclamations, et ils devaient réussir plus longtemps dans la défense de leurs privilèges. Cela ne leur échappa point. Nous en trouvons dans Gaius (I. 112) une preuve que l'on n'a pas encore, croyons-nous, songé à relever. Malgré la prééminence du Flamine de Jupiter sur le grand Pontife dans les festins (3), prééminence qui s'explique très bien par ce fait que le Flamine était patricien, la dignité de grand Pontife était incontestablement supérieure à l'autre (4). Cependant Gaius ne dit pas que la

(1) V. Tacite : Ann. IV, 16. — De Beaufort : La Rép. rom., t. I, p. 34 et s.

(2) V. MM. de Fresquet : de la *Manus*, Revue hist., t. II, p. 151. — Accarias Précis I, n° 120. — Cpr. Orelli : Inscriptiones latinæ, 2650 et note.

(3) Aulu-Gelle : X, 15.

(4) Tite-Live : XXVII, 8 et XL. 42.

Digitized by Google

confarreatio des parents fût nécessaire pour devenir grand Pontife, tandis qu'il le déclare formellement en ce qui concerne les trois Flamines majeurs. La raison de cette anomalie n'est-elle point que le grand Pontife pouvait, à la différence de nos Flamines, depuis l'an 500 de Rome, être choisi parmi les plébéiens ? Quant au roi des sacrifices, il devait aussi, nous dit Gaius dans le même texte, être issu de parents *confarreati,* et l'on ne sait pas d'une manière certaine si cette fonction était alors réservée aux patriciens ; mais il est permis de le supposer, car l'histoire ne mentionne pas le moment où les plébéiens y seraient parvenus, et la dignité était de telle importance que leur conquête n'eût sans doute pas manqué de nous être signalée.

La *confarreatio* disparut peu à peu ; et il devait en être ainsi, à mesure que les prérogatives attachées à cette cérémonie diminuaient, par suite des conquêtes des plébéiens dans l'ordre religieux. En 776, sous Tibère, on eut peine à trouver trois candidats patriciens issus de *nuptiæ confarreatæ,* parmi lesquels on pût choisir, suivant l'usage, un Flamine de Jupiter. Tacite, qui rapporte le fait, ajoute que Tibère, devant le Sénat, expliqua cette pénurie de candidats par trois motifs : l'indifférence commune en matière religieuse ; les complications mêmes de la solennité ; enfin la répugnance du patricien né de parents *confarreati* à devenir Flamine, et de sa femme, à célébrer avec lui la *confarreatio* pour lui permettre de le devenir ; par là en effet l'un et l'autre, sortant de leur famille paternelle, y perdaient leurs droits de succession ; de plus, la femme abdiquait son indépendance actuelle, si elle était *sui juris,* et, dans le cas contraire, son indépendance à venir.

Pour remédier à une telle absence de candidats, un sénatus-consulte décida que la femme du Flamine de Jupiter ne tomberait, par la *confarreatio,* sous la puissance de son mari, que pour les cérémonies du culte, et qu'elle conserverait à tous autres égards sa situation antérieure. Le mariage avec *confarreatio* était en effet absolument exigé du Flamine de Jupiter, à tel point que ni lui ni sa femme ne pouvaient divorcer, et que, devenu veuf, il perdait immédiatement ses fonctions (Aulu-Gelle, X. 15.)

Voilà quelle fut, selon nous, toute la portée du sénatus-consulte rendu sous Tibère ; une lecture attentive du texte de Tacite ne permet, ce nous semble, aucune autre interprétation (1).

---

(1) Cpr. M. de Fresquet : Op. cit. p. 152.

Digitized by Google

Y eut-il dans la suite un deuxième sénatus-consulte, qui étendit à tous les mariages par *confarreatio* la décision du premier? Quelques auteurs le croient (1) : dans cette opinion, la *confarreatio* aurait alors complétement cessé d'être une cause d'acquisition de la *manus*. Mais la lacune du § 136 de Gaius, que M. Studemund n'est pas arrivé à combler, ne renfermait, pensons-nous, que le rappel du sénatus-consulte porté sous Tibère : cette conjecture est celle de Huschke, de Giraud, de MM. Kruger et Studemund (2). Pourquoi supposer qu'un autre sénatus-consulte vint s'occuper de la *confarreatio,* alors que les mœurs du paganisme s'éloignaient à grands pas, et que cette institution était presque tombée dans l'oubli? Pour avoir des Flamines majeurs et des rois des sacrifices? Mais les fils des prêtres en charge étaient sans doute bien aises de les remplacer, et l'embarras de Tibère, dans les circonstances que nous avons rapportées, dut s'offrir assez rarement, à supposer même que le sénatus-consulte rendu sous ce prince ne l'ait pas été, surtout par complaisance et amitié pour le fils du Flamine défunt, qui, au témoignage de Tacite, fut effectivement appelé à lui succéder.

§ 2. — Coemptio.

La *coemptio,* dit Gaius (I. 113), avait lieu par une mancipation, c'est-à-dire par une vente fictive en présence de cinq témoins citoyens romains et pubères, non compris le porte-balance. Les formes de la mancipation sont connues (G. I. 119). Dans la *coemptio,* le mari ne devant pas acquérir sur sa femme un véritable droit de propriété, les paroles à prononcer étaient un peu différentes (G. I. 123). Nous ne les possédons pas. Huschke a essayé, sur la foi de Boëce, de reconstituer entièrement les formalités de la *coemptio*; mais le texte de Boëce, écrit au v[e] siècle de notre ère, nous paraît ne mériter aucune créance. La *coemptio* y est en effet représentée comme s'analysant en une double vente; or c'est là, nous le montrerons, une erreur considérable qui enlève à ce texte toute autorité.

A l'époque de Gaius, la *coemptio* était, comme toute mancipation, une vente imaginaire; mais à l'origine n'a-t-elle pas été une vente réelle, effective de la femme? La question, à nos yeux, n'est guère douteuse : d'abord la mancipation dans le principe semble bien

---

(1) V. Pellat : Manuale, p. 78 § 136. — M. Accarias : Précis. I. n° 120.
(2) V. M. Dubois, op. cit., p. 87, note 406.

Digitized by Google

avoir été, non pas comme elle le devint dans la suite, une forme destinée uniquement à revêtir après coup un accord de volontés et lui donner une sorte de publicité, mais une cérémonie indispensable pour lier les deux parties contractantes, une vente sérieuse, terminée par la pesée réelle du métal livré au vendeur. L'on sait en outre qu'aux premiers siècles de Rome, le père pouvait vendre ses enfants, les donner *in mancipio* à un autre citoyen, c'est-à-dire leur infliger, de son seul gré, une sorte d'esclavage : n'est-il pas très naturel qu'à la même époque il donnât sa fille à un époux, moyennant un prix en retour, alors surtout que cet usage se retrouve chez presque toutes les nations de l'antiquité, et aujourd'hui encore chez quelques peuples où l'autorité paternelle est moins rigoureuse, moins absolue que chez les Romains des premiers jours (1).

En résumé, d'après nous, la *coemptio* a été dans le principe une véritable vente, dégénérée ensuite, et à une date inconnue, en une vente fictive, sans s'éloigner jamais des formes d'une mancipation ordinaire, où le mari jouait le rôle d'acheteur, et le père de la femme celui de vendeur, à moins que la femme ne fût *sui juris* : dans ce cas, en effet, elle se vendait elle-même avec l'*auctoritas* de ses tuteurs.

Mais il existe sur la *coemptio* une opinion tout opposée, qui réduit à de chétives ressemblances son intime parenté avec la *mancipation :* d'après ce système, la *coemptio* consisterait en une vente réciproque, la femme achetant le mari, comme celui-ci achetait sa femme (2). On invoque d'abord en ce sens un texte de Nonius, qui rappelle une coutume bizarre (3) : « *Nubens, veteri lege romana, asses tres ad maritum veniens solebat afferre; atque unum quem in manu tenebat, tanquam emendi causa, marito dare; alterum quem in pede habebat, in foco Larium familiarium ponere; tertium in sacciperio quem condiderat, compito vicinali solere resonare.* » Que signifie cet as donné au mari, *tanquam emendi causa?* Comme pour acheter? Mais quoi? Le mari, dit-on : Il nous paraît difficile de l'admettre, car le texte de Nonius ne vise pas spécialement la *coemptio;* or personne, sur la foi de ce texte unique et ambigu, n'essaierait de soutenir que la femme, en

---

(1) V. Kœnigswarter : de l'Achat des femmes, Revue de législation, t. XXXIV, p. 145 et s.

(2) V. Rudorf et Puchta : Institutes, t. III, § 285, note f.

(3) V. Nonius, de propriet. sermon. XII, 50.

Digitized by Google

se mariant, de quelque manière qu'elle le fît, achetât ou fût censée acheter toujours son mari. Ce serait là un usage bien extraordinaire. D'ailleurs, le texte cité s'explique autrement et d'une façon bien simple : la femme offre, en même temps qu'à son mari, un as aux dieux lares de la famille et un autre aux divinités secourables du quartier : dans quel but? Évidemment en signe d'hommage et pour obtenir leur protection. La pièce de monnaie remise au mari a sans doute la même signification, et, par là, on se rend parfaitement compte de l'usage que signale Nonius.

Il existe deux autres textes embarrassants, l'un de Boëce (1) : « *Coemptio certis solemnitatibus peragebatur, et sese in coemendo invicem interrogabant;* » l'autre, non moins formel, d'Isidore de Séville (2) : « *Antiquus nuptiarum ritus erat quod se maritus et uxor invicem emebant, ne videretur ancilla uxor.* » Mais, ainsi que le remarque M. de Fresquet (3), en lisant cette explication donnée aux ve et viie siècles de notre ère, « et en la comparant à celle que nous trouvons dans Gaius, il nous semble lire du droit à la façon des auteurs dramatiques du xviie siècle, qui faisaient toujours venir un notaire pour procéder au mariage final ». Boëce et Isidore, littérateurs et non juristes, se sont très probablement laissé induire en erreur par l'étymologie du mot « *coemptio* », laquelle semble en effet impliquer une vente et un achat réciproques, mais s'explique aussi par le consentement mutuel des époux, base ordinaire de leur union. En tous cas l'autorité de Boëce et d'Isidore ne saurait entrer en comparaison avec celle de Gaius, et l'on peut dire, avec Mulhembrück (notes sur Haubold) : « *Simpliciorem et, ni fallunt omnia, veriorem coemptionis descriptionem memoriæ prodidit Gaius.* »

Il nous reste maintenant à ajouter que la *coemptio*, cérémonie sûrement aussi ancienne que Rome, y a gardé, plus longtemps que l'*usus* et la *confarreatio*, une place dans la pratique et dans les mœurs; à l'époque de Gaius elle restait seule d'un emploi encore usuel (G. I. 112.113). Elle survécut même à la *manus* véritable, à la *manus matrimonii causa* : Lors en effet que les jurisconsultes imaginèrent la *manus* fiduciaire dont nous parlerons, ils firent usage,

---

(1) Boëce : Comm. sur les Top. de Cicéron.
(2) Isidore de Séville : Origines, liv. V, 24.
(3) M. de Fresquet : op. cit., p. 145.

Digitized by Google

pour la produire, de la *coemptio;* celle-ci en fut même le seul mode d'acquisition, et par suite ne put disparaître qu'avec elle.

§ 3. — Usus.

Quand deux époux n'avaient accompli ni les formalités de la *confarreatio* ni celles de la *coemptio,* la *manus* pouvait encore naître de la simple cohabitation, prolongée pendant un certain laps de temps : il y avait là une sorte d'usucapion de la femme par le mari (G. I. 111), sans que cependant la femme fût l'objet d'une véritable possession.

Nous ne nous préoccuperons pas ici de l'origine de l'*usus* : elle sera examinée dans la partie historique de ce travail. Nous essaierons d'y établir que le mariage libre n'existait pas aux premières années de Rome; d'où il suivra que l'*usus* était pareillement inconnu, car il suppose de toute nécessité l'absence de la *manus* dans le mariage. L'*usus,* une fois né, resta en vigueur tant que dura la présomption sur laquelle il reposait, à savoir l'intention et le désir chez la femme de se soumettre à la *manus.* Mais quand cette présomption, par le progrès des mœurs et de l'indépendance du sexe, eut fait place à une autre tout opposée, l'*usus* perdit alors sa raison d'être; et, devenu d'un emploi fort rare, il disparut entièrement. A quelle époque? Il serait difficile de le dire avec précision : dans l'intervalle des dernières années de la République au second siècle de notre ère, puisque Cicéron en parle comme d'une institution en vigueur de son temps (Pro Flacco, 34), et Gaius comme d'un vieux souvenir (I. 110.111).

L'*usus* exigeait, à l'instar de l'usucapion ordinaire, une *justa causa* qui était le mariage, et une possession continuée, sans interruption légale, pendant un temps déterminé : une année entière, exactement comme pour un meuble quelconque. Quant à la bonne foi, troisième condition de l'usucapion ordinaire, elle ne trouve pas de place ici, car la vraie *manus,* celle dont nous nous occupons, ne peut être acquise que par le mari sur sa femme; si donc le mariage n'existe pas, ne satisfait pas à toutes les prescriptions de la loi romaine, peu importe qu'il y ait eu ou non chez le mari erreur et bonne foi.

La possession dans l'*usus* est une possession particulière, la femme n'étant pas susceptible d'une véritable possession. Aussi, tandis que pour l'usucapion ordinaire, celle-ci doit réunir deux

Digitized by Google

éléments, le *corpus* et l'*animus*, c'est-à-dire la détention matérielle de la chose et la volonté d'exercer ou d'acquérir sur elle le droit de propriété, il nous semble qu'ici le *corpus* suffit et que l'*animus rem sibi habendi* est inutile à considérer; en d'autres termes, que l'*usus* se réaliserait et la *manus* serait acquise au mari, même contre son gré, s'il n'obligeait sa femme à faire usage de l'*usurpatio trinoctii,* mode légal d'interruption de cette sorte de possession. L'existence de ce procédé, d'un emploi facile pour empêcher la *manus,* est une présomption en ce sens, et les termes, à la fois si nets et si absolus, du § 111 de Gaius nous paraissent ne laisser lieu à aucun doute.

La possession du mari pouvait, nous venons de le dire, être chaque année interrompue, *usurpata,* suivant l'expression romaine : il suffisait pour cela que la femme passât trois nuits hors du domicile conjugal. L'année se comptait naturellement à partir du jour du mariage pour la première, et du jour anniversaire du mariage pour les suivantes. Aulu-Gelle (Nuits att. III. 2) et Macrobe (Saturn. I. 3) attestent que les trois nuits devaient être bien entières. Fallait-il qu'elles fussent consécutives? Aucun texte, croyons-nous, ne l'exige, mais l'expression même de « *trinoctium* », désignant la durée nécessaire de l'absence, semble le prouver. Cette absence de la femme devait-elle avoir pour but exprès de produire une interruption dans la possession du mari? Une absence de fait, une absence forcée, avaient-elles le même résultat? L'on ne peut faire sur ce point que des conjectures; mais le matérialisme général du droit romain nous porte à croire qu'ici, comme en bien d'autres matières, il s'attachait uniquement au fait et point du tout à l'intention qui l'avait produit.

SECTION II

Conditions d'acquisition de la « Manus »

La *manus,* supposant deux époux unis par de justes noces, était forcément propre aux citoyens romains (G. I. 108). Mais, entre les individus ayant droit de cité, il n'y a aucune distinction à faire : les affranchis citoyens — et l'on sait que jusqu'à la loi Junia Norbana on ne connut pas à Rome d'autre espèce d'affranchis — pouvaient acquérir la *manus* sur leurs femmes ; Gaius (II. 41) et

Digitized by Google

Ulpien (XXIX. 1) le disent formellement. Les affranchies citoyennes pouvaient certainement aussi tomber *in manu* (1); Huschke a soutenu le contraire sans raison plausible (2).

De très sérieuses discussions ont été soulevées par la découverte, en octobre 1851, près de Malaga, d'une table de Salpenza : à s'en rapporter au chapitre 22 de cette table, les Espagnols de Salpenza, qui n'étaient point citoyens romains, auraient pu cependant acquérir la *manus* sur leurs femmes. Voici en effet le texte de la table reproduit, avec commentaires, par M. Laboulaye (3): « *R. ut qui civitat. roman. consequantur maneant in eorumdem M. O. M. potestate. — Qui quæve ex H. L. exve edicto imp. Coesaris Aug. Vespasiani, impve Titi. Casaris Aug. Domitiani P. P. civitatem roman. consecutus consecuta erit, is ea, in ejus qui C. R. H. L. factus erit potestate manu mancipio, cujus esse deberet si civitate romana mutatus mutata non esset, esto.....* » La table de Salpenza est-elle authentique? Malgré l'autorité de MM. Laboulaye (loc. cit.) et Asher (Revue hist. XII, p. 113 et s.), nous croyons avec M. Giraud (Revue hist. XIII, p. 79 et s.) que la chose n'est guère contestable. Il faut donc supposer qu'il y avait pour Salpenza un droit latin particulier; peut-être ce droit latin était-il le droit romain lui-même.

Nous avons maintenant à voir : d'une part, si la volonté des deux fiancés ou des deux époux était suffisante pour créer la *manus*; d'autre part, si cette volonté fut toujours nécessaire. Et d'abord était-elle suffisante? Sur cette question, il y a bien des distinctions à faire. Supposons en premier lieu l'homme et la femme soumis, tous deux encore, à la puissance paternelle. Le premier devait certainement obtenir, soit pour la *confarreatio*, soit pour la *coemptio*, le consentement de son père ; car ce consentement était exigé pour le mariage : or, les deux formalités produisaient à la fois la *manus* et le lien matrimonial. Quant à l'*usus*, il ne pouvait non plus très probablement s'accomplir sans l'assentiment du père ; car il semble bien que le mari dût posséder le droit d'obliger sa femme à l'*usurpatio trinoctii*, et ce droit, s'il existait, résidait naturellement en la personne du père, à la puissance duquel le mari était encore soumis.

(1) V. G. I. 195 a. — Cic. Pro Flacco, 34.
(2) V. Huschke : de privilegiis Feceniæ Hispalæ.
(3) V. Revue hist. t. I, p. 568 et s.

Digitized by Google

La femme, de son côté, devait aussi, sans aucun doute, pour tomber *in manu,* avoir l'assentiment de son père : en ce qui concerne la *confarreatio* et la *coemptio,* nous en avons dit la raison. Relativement à l'*usus,* il ne saurait y avoir plus de doute : le père conservait, en effet, malgré le mariage, tous ses droits sur la personne de sa fille, au point qu'il pouvait même l'enlever à son époux. (l. 1. *in fine* D. XLIII. 30.)

Supposons maintenant que l'homme et la femme soient *sui juris:* l'homme pour se marier doit être pubère, et alors il figure seul dans tous les actes de la vie civile; pour acquérir la *manus,* il n'a donc besoin d'être autorisé de personne. La femme *sui juris,* au contraire, fut longtemps soumise, comme on sait, à une tutelle perpétuelle, tutelle légitime, optive, testamentaire ou fiduciaire. Pour aliéner une *res mancipi* quelconque, il lui fallait alors l'assistance, l'*auctoritas* de son tuteur : cette *auctoritas* était-elle aussi nécessaire pour la *coemptio?* Très certainement. La *coemptio* n'est pas en effet autre chose qu'une mancipation où la femme joue le rôle de venderesse. A l'égard de la tutelle légitime, Cicéron nous procure l'appui d'un texte formel (*Pro Flacco,* 34) : *In manum, inquit, convenerat: nunc audio; sed quœro usu an coemptione? Usu non potuit, nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui..... Coemptione? omnibus ergo auctoribus?* Cicéron plaidait à la vérité seulement pour le tuteur légitime d'une affranchie, mais ces expressions sont générales et visent aussi indubitablement la tutelle légitime des ingénues. Si l'orateur avait entendu, dans le passage rapporté, se restreindre aux termes du procès qu'il plaidait, il n'aurait pas notamment dit : *Omnibus ergo auctoribus?* attendu que l'affranchie en question n'avait eu qu'un tuteur, Flaccus, le client de Cicéron. Gaius du reste mentionne aussi, en divers paragraphes de ses commentaires (I. 115 et 195), l'*auctoritas* des tuteurs de la femme dans la *coemptio.* L'un d'eux, le § 115, par sa généralité, s'applique à toutes les espèces de tutelle; et, quoique relatif à la *manus* fiduciaire, il nous paraît décisif en la question : si en effet l'*auctoritas* des tuteurs de la femme avait été inutile pour la *coemptio* productive de la vraie *manus,* les jurisconsultes romains n'auraient pas songé à la rendre nécessaire pour une *coemptio* fictive, dont le but consistait précisément à éliminer la puissance de ces tuteurs.

Ainsi, tant que subsista la tutelle perpétuelle des femmes, celles-ci durent être assistées de leurs tuteurs dans la *coemptio.* Mais cette

Digitized by Google

assistance fut-elle toujours sérieuse? Les tuteurs purent-ils toujours l'accorder ou la refuser à leur gré? Le préteur n'eut-il pas, au moins à partir d'une certaine époque, le droit de la leur imposer? Jusqu'au déclin de la tutelle perpétuelle, déclin qui précéda de longtemps sa disparition, les tuteurs gardèrent très certainement une liberté absolue. Mais à compter d'une époque indécise, antérieure à Cicéron et datant au moins de la création par les jurisconsultes de la *manus tutelæ evitandæ causa, l'auctoritas* devint pour les tuteurs optifs, testamentaires et fiduciaires une simple formalité. La tutelle légitime des agnats (jusqu'à sa suppression sous Claude), celle des patrons et des parents émancipateurs demeurèrent seules alors sérieuses. Encore est-il permis de croire que ces tuteurs purent être contraints par le préteur à assister la femme dans la *coemptio*. L'équité en effet commençait à prévaloir sur le droit strict, et ce que nous dit Gaius pour son époque (I. 192) devait être déjà réalisé : les tuteurs légitimes ne pouvaient plus, en présence de raisons majeures, refuser leur *auctoritas* pour une mancipation à effectuer ou une obligation à contracter ; or, la *coemptio* n'était pas autre chose qu'une mancipation, et le mariage de la femme, lorsqu'il venait à être entravé par l'avidité de ses tuteurs légitimes, était bien, ce semble, une de ces raisons péremptoires devant lesquelles le préteur pouvait faire céder la vieille autorité souveraine des agnats, des patrons et des parents émancipateurs.

Tout ce que nous venons de dire de la *coemptio* s'appliquait probablement aussi à la *confarreatio,* car elle entraînait, comme la *coemptio,* l'aliénation de tous les biens *mancipi* présents et à venir de la femme, et à ce titre devait nécessiter l'*auctoritas* des tuteurs gardiens de son patrimoine ; les textes font ici malheureusement défaut.

Quant à l'*usus,* il nous paraît certain que jamais il n'a pu servir à constituer la *manus* sur une femme *sui juris*. En effet, les tuteurs d'une femme ne pouvaient, comme nous le verrons, en aucun cas, s'opposer à son mariage. Ils ne pouvaient non plus, ce nous semble, l'obliger, une fois mariée, à effectuer l'*usurpatio trinoctii;* car pour cela il leur aurait fallu posséder, sur la personne même de la femme, un pouvoir dont ils n'étaient pas investis. La femme aurait donc pu très commodément faire passer en des mains étrangères, par le mariage, son patrimoine entier, et dépouiller ainsi ses tuteurs légitimes du droit qui leur appartenait sur ces biens, droit à la conservation

Digitized by Google

duquel les Romains pendant longtemps attachèrent un immense prix. Cette considération puissante s'étaie sur un texte formel de de Cicéron, déjà cité (*Pro Flacco* 34) : *Usu non potuit; nihil enim potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui*. Et l'on s'explique à merveille que la femme *sui juris* ne pût pas tomber *in manu* par l'*usus* : celui-ci, entraînant les mêmes résultats pécuniaires que la *coemptio*, aurait naturellement nécessité, comme elle, l'*auctoritas* des tuteurs. Or, selon la remarque de M. Accarias « l'*auctoritas* devant être interposée *in ipso actu* et supposant la prononciation de paroles solennelles, on ne la conçoit qu'appliquée à un acte positif ; on ne la conçoit pas validant les résultats d'une simple inaction prolongée (1). »

Nous savons maintenant quand et par qui les deux fiancés ou les deux époux devaient être assistés dans l'accomplissement des conditions requises pour la *manus*. Nous venons de voir que leur volonté était parfois insuffisante à la produire : Fut-elle toujours nécessaire ? En d'autres termes, ne put-elle pas, pendant longtemps du moins, être suppléée, dominée par celle du père de famille ? Ce dernier longtemps conserva la faculté d'imposer le mariage à ses enfants ; il la possédait encore vis-à-vis de sa fille, à l'époque classique (l. 12, § 1, D. XXIII. 1) ; le fils seul en était alors probablement affranchi. Mais relativement à la *manus*, la sujétion des enfants suivit-elle les mêmes vicissitudes ? Pour la fille, il est permis de croire que son consentement devint nécessaire, quand la jurisprudence exigea celui de l'enfant donné en adoption, c'est-à-dire à l'époque de Celse et de Modestin (ll. 5 et 42, D. I. 7) : la *manus* et l'adoption entraînaient en effet, comme on va le dire, des résultats à peu près identiques. Quant au fils, à partir du moment où il acquit le droit de refuser la fiancée qui lui était offerte, il ne put certainement être contraint à une *coemptio* ni à une *confarreatio* contre sa volonté. Mais devint-il le maître, une fois marié, d'obliger sa femme à l'*usurpatio trinoctii*, lorsqu'elle ne voulait pas de son plein gré déférer à ce désir, et que le père de son époux l'autorisait à ne pas s'éloigner du domicile conjugal ? Cela nous paraît peu vraisemblable, en raison de la toute-puissance du chef de famille romain.

---

(1) V. Accarias : Précis. I., p. 254, note 2.

Digitized by Google

CHAPITRE II

Effets de la « Manus »

L'effet capital de la *manus,* celui duquel découlent tous les autres, consiste dans le changement qu'elle apporte au *status* de la femme : celle-ci passe de la famille de son père dans celle de son mari ; elle meurt pour l'une et naît pour l'autre ; elle acquiert avec les agnats de son mari les liens d'agnation qu'elle perd avec ceux de son père ; les attaches naturelles de la cognation subsistent seules, la loi n'ayant pas le pouvoir de les briser.

La femme qui tombait *in manu* subissait-elle dans tous les cas une *minima capitis deminutio?* Cette question, d'ailleurs purement théorique, simple question de mots, tient à la définition de la *minima capitis deminutio :* Paul, dans divers fragments (1), la représente comme uniquement constituée par l'abandon de la famille agnatique dont on fait partie, et cette autorité paraît décisive, surtout quand on la rapproche des textes si généraux, si éloignés de toute distinction, de Gaius (I. 162) et d'Ulpien (XI. 13). Cependant quelques interprètes et notamment de Savigny (t. II. app. VI), attribuant à Paul une opinion particulière qui n'aurait point été celle des autres jurisconsultes romains, ne voient de *capitis deminutio* que dans les cas où il y a une diminution effective de capacité. Par suite d'après eux la femme qui tombe *in manu* ne serait *capite minuta,* que si auparavant elle était *sui juris.* Sans développer ici plus longuement une controverse qui ne rentre pas dans le cadre de notre sujet, nous nous rallierons contre de Savigny à la doctrine la plus généralement suivie : la *manus* entraînait,

(1) Paul : ll. 11 D. IV, 5. — 3 pr. et 7 pr. eod. tit.

Digitized by Google

croyons-nous, dans tous les cas une *minima capitis deminutio*, que la femme fût ou non *sui juris* avant de s'y soumettre, qu'elle subît ou non par là un amoindrissement de sa capacité antérieure.

En abordant l'exposé des droits que confère au mari la *manus*, il sera bon d'observer que ces droits ne résident pas toujours en sa personne : s'il est en effet soumis encore à la puissance paternelle, l'unité souveraine de la famille ne permet pas qu'il les détienne et les exerce ; ils se réunissent au faisceau que le père a déjà dans ses mains, car le père administre et commande seul ; ses enfants et ses petits enfants subissent au même degré sa puissance, et, n'ayant aucun droit devant lui, sont bien près entre eux d'une égalité parfaite. La femme qui, par la *manus*, entre dans cette famille, n'y occupe pas cependant le même rang que son mari. Comme elle doit tomber un jour sous l'autorité de celui-ci, elle est considérée, disent les textes, comme la petite fille du père, ce qui a de l'importance dans la dévolution des successions *ab intestat*. Mais peu importe, au point de vue qui nous occupe, le titre qui lui est donné : tant que vivra le père, il exercera tous les droits que la *manus* a produits ; à sa mort seulement ils passeront sur la tête du mari, sauf pourtant le cas où, de son vivant, il le ferait sortir avec sa femme de sa puissance, par le moyen ordinaire de l'émancipation.

Nous arrivons maintenant à une question fort débattue : le changement que la *manus* opérait dans la condition de la femme, s'analysait-il en des conséquences d'une espèce unique, toutes relatives aux rapports pécuniaires des époux? Ou entraînait-il aussi des résultats d'une autre nature, modifiait-il en même temps les droits du mari sur la personne de sa femme ? Il paraît étonnant qu'au sujet d'une institution capitale, qui a eu dans le droit romain une longue destinée, on en soit encore de nos jours à discuter le fond même de sa nature. La controverse est pourtant sérieuse : longtemps assoupie, elle a été, dans ces dernières années, réveillée par M. Gide, et la thèse du caractère exclusivement pécuniaire de la *manus* compte encore des partisans (1). L'on n'a pas contesté, remarquons-le bien, que les justes noces accompagnées de *manus* ne donnassent au mari une certaine puissance sur la personne de la femme ; mais l'on a

(1) V. Hase, § 3 et *passim;* MM. Gide, p. 183 et s.; Cuq, à son cours. — Contrà : MM. de Fresquet, p. 158 et 159; Maynz, t. I, § 11; Couraud, à son cours. — Cpr. MM. Ginoulhiac, Hist. du Reg. dotal, p. 59; Laboulaye, Recherches....., p. 31, n. 3.


Digitized by Google

soutenu que cette puissance, d'ailleurs éloignée de celle que nous lui reconnaîtrons, provenait uniquement des justes noces et non de la *manus*. Nous nous attacherons à combattre cette opinion.

La femme *in manu* appartenait incontestablement à la catégorie générale des individus *alieno juri subjecti* (G. I, 49). N'est-ce pas dire que la *manus* avait pour effet de soumettre sa personne à l'autorité de son mari ? Le mot *jus* n'implique-t-il un pouvoir de ce genre ? On l'a nié. Hase, par exemple (*Op. cit.* p. 18 et s.), soutient que la vraie notion de ce mot se trouve dans les expressions suivantes, fréquemment reproduites par les textes : *succedere in universum jus defuncti, in jus demortui.... in omne jus testatoris.* Il rapproche de l'hypothèse d'une succession celle d'une *capitis deminutio,* qui fait passer un individu *sui juris* sous la *potestas,* la *manus* ou le *mancipium* d'un autre citoyen : *utriusque jus universum,* dit-il, *in alium transfertur ; alter, ad quem transit, duo nunc quasi jura ipsius alteriusque vel mortui vel capite minuti in se repræsentat.* De là il conclut qu'être *alieni juris,* c'est être incapable de rien posséder en propre, voir tout ce que l'on acquiert passer au maître, au père ou au mari en la puissance duquel on se trouve ; être *sui juris,* c'est d'après lui acquérir pour soi, avoir un patrimoine ou du moins être susceptible d'en posséder un. Cette argumentation repose, à notre avis, sur un fondement inexact : de ce que, dans certaines locutions du droit romain, le mot *jus* semble éveiller surtout une idée d'acquisition, d'intérêt pécuniaires, il ne suit pas que l'on doive lui attribuer le même sens dans l'expression qui nous occupe. Au lieu de prendre texte d'une acception particulière du mot, il nous paraît plus logique de se référer au radical dont il dérive : or, ce radical est incontestablement *jubere, jussum.* Le mot *jus* récèle donc avant tout une idée de souveraineté, de commandement, et à cela les locutions que l'on nous oppose ne répugnent point du tout : *succedere in universum jus demortui,* c'est en effet succéder au droit du défunt, à sa puissance sur les choses qui composaient son patrimoine. Dès lors, dans cette autre expression *alieni juris esse,* il faut se résoudre à accepter aussi une idée de pouvoir, d'autorité, impliquant un assujettissement de la personne qui subit la *potestas,* la *manus* ou le *mancipium,* à la volonté de celle qui l'exerce.

La femme *in manu* est *alieno juri subjecta :* voilà notre premier argument. La place qu'occupe la *manus,* entre la *potestas* et le *mancipium,* dans tous les textes relatifs à cette triple division des in-

Digitized by Google

dividus *alieni juris* (1), ne mérite pas moins d'être remarquée. En effet, la *potestas* et le *mancipium* entraînaient bien certainement à la fois un pouvoir sur la personne et un droit sur les biens de l'individu qui y était soumis. Pour la *potestas*, la chose n'a jamais été contestée. Pour le *mancipium*, elle ne pourrait l'être sérieusement : Cicéron (*Pro Cæcina*, 34) met presque sur la même ligne le fils de famillle vendu par son père et le citoyen vendu par le peuple, pour s'être soustrait au service militaire ou au cens ; or celui-ci était réellement esclave (2). En tous cas, l'individu *in mancipio* n'était point citoyen pendant la durée du *mancipium* (Cic. *loc. cit.*), et cette différence énorme avec le fils de famille montre bien qu'il se trouvait dans une dépendance plus étroite quant à sa personne, leur condition étant identique au point de vue des biens. Ainsi donc, des trois termes de la division des personnes *alieni juris*, deux d'entre eux, la *potestas* et le *mancipium*, emportent un droit rigoureux sur la personne : cela posé, pourrait-on s'empêcher de reconnaître à la *manus* le même caractère, alors surtout que dans les textes elle est toujours intercalée entre les deux, comme si les jurisconsultes avaient par là voulu affirmer la parfaite identité de sa nature avec celle de la *potestas* et du *mancipium*.

Cette particularité a naturellement amené Gaius, au cours de ses Commentaires, à s'occuper de la *manus* après la *potestas* et avant le *mancipium*; or, ce détail encore nous paraît avoir son prix. Il est permis en effet de croire que Gaius n'aurait point exposé, dans son Commentaire premier, entre les règles de l'adoption et celles du *mancipium*, les divers modes de constitution de la *manus*, si elle n'avait eu pour effet de modifier d'une manière radicale la situation juridique de la personne même de la femme.

Nous ne nous ferons point une arme de la différence que signale Gaius (III. 199) au sujet de l'action *furti*, entre le mari qui possédait la *manus* et celui qui ne la possédait pas, dans le cas où la femme venait à être ravie par un tiers. Il serait en effet trop facile de répondre que cette différence n'en implique pas nécessairement une dans le droit du mari sur la personne de la femme, que l'action *furti* repose toujours sur un intérêt pécuniaire froissé, et

---

(1) V. G. I. 49. — Ulp. XIX., 18; XXIV, 23 et 24. — Paul, fr. vat. 51 et 300.
(2) Ulp. XI, 11. — l. 4 § 10, D. XLIX, 16.

Digitized by Google

que l'enlèvement de la femme non *in manu* ne lésait aucun intérêt de ce genre chez le mari.

Mais le même Gaius nous apprend que l'injure faite à une femme ne donnait lieu à une action au profit du mari, que si elle se trouvait *in manu* : *Pati autem injuriam videmur... per uxores nostras cum in manu nostra sint,* dit-il (1) ; et cela nous semble impossible à expliquer, si l'on refuse d'admettre que la *manus* avait pour effet de rattacher plus intimement, plus étroitement la personne de la femme à son époux. Les partisans du système que nous combattons ont de tout temps bien senti l'importance de ce texte. Aussi se refusaient-ils à le lire ainsi (2) : les raisons, d'après eux, les plus décisives et péremptoires, leur faisaient adopter avec Lachmann une leçon tout opposée : *pati autem..... quamvis in manu non sint.* La révision toute récente et si fructueuse de M. Studemund donne pour certaine la version que nous avons transcrite la première.

D'autre part, cependant, il faut reconnaître que la fin du § 221 de Gaius n'est pas bien facile à concilier avec le commencement du même paragraphe. Il nous paraît s'en dégager, en même temps que du texte correspondant des Institutes (§ 2, IV, 4), ce fait à savoir que dans le principe, la *manus* était nécessaire pour permettre au mari d'agir contre l'auteur d'une injure faite à sa femme, que plus tard la qualité d'épouse a suffi, et qu'alors une pareille injure a donné lieu à la triple action dont parle le § 221 *in fine.* Tout s'explique à merveille, si l'on admet avec Pellat que le copiste a omis quelque chose dans le milieu du paragraphe, et cette conjecture est d'autant plus acceptable que les fautes, paraît-il, fourmillent dans le Palimpseste, à la page qui le contient (3).

A la version nouvelle du § 221 de Gaius, on songera peut-être à opposer un texte d'Ulpien, la loi 1, § 3, D. XLVII, 10 ; mais la difficulté serait légère : comme l'a remarqué Polenaar dans son édition récente de Gaius, le mot *affectui* dans ce texte remplace manifestement l'expression *manui,* qui devait d'abord s'y rencontrer.

Une dernière considération nous est inspirée par le caractère tout particulièrement religieux de la *confarreatio*; cette cérémonie pouvait-elle n'avoir d'autre but, d'autre raison d'être qu'un in-

(1) G. III, 221. — V. M. Dubois, p. 387 n. 710.
(2) V. Hase, p. 76.
(3) V. Pellat : Manuale, p. 554. — M. Dubois, loc. cit.

Digitized by Google

térêt pécuniaire ? Les Romains des premiers jours étaient-ils donc assez avides, attachaient-ils assez de prix à l'or et aux biens matériels de la vie pour faire intervenir la religion, enveloppée de ses formes peut-être les plus imposantes et les plus sacrées, dans l'acquisition de droits exclusivement pécuniaires ? Encore ces droits, remarquons-le, se réduisaient le plus souvent à une pure espérance, complétement indéterminée ; car les filles se mariaient jeunes, à Rome ; presque toujours elles devaient être en puissance de père, et alors, ne possédant aucun bien, elles n'apportaient au mari que l'expectative très douteuse des acquisitions qu'elles pourraient dans la suite réaliser. Il nous semble donc que la *confarreatio* devait avoir un autre but que la modification des droits pécuniaires du mari, qu'elle devait principalement viser les intérêts moraux des époux, leurs rapports personnels, bien plus importants aux yeux des premiers Romains. Or, la *manus* acquise par *confarreatio* était identique dans ses effets à celle que créait la *coemptio* ou l'*usus* : ce point n'est point contesté. Le caractère et les formes de la *confarreatio* révèlent par suite, avec une grande force, la nature vraie de la *manus* et la double série de ses effets : les uns relatifs à la personne de la femme, les autres à ses biens ; la *manus* n'était point, comme on l'a soutenu, une sorte de régime nuptial, une espèce de communauté universelle entre époux, mais dans son essence un droit sur la personne de la femme, droit d'où résultaient par voie de conséquence, les résultats pécuniaires auxquels on a essayé d'en réduire l'effet entier.

SECTION I

Effets de la « Manus » quant à la personne de la femme

Nous venons de voir que, par la *manus*, le mari acquiérait sur sa femme une certaine autorité : quelle en était exactement l'étendue ? A cette question la réponse est facile, si l'on veut écouter nombre de textes de Gaius et d'Ulpien (1). La femme *in manu* est *loco filiæ*, nous disent-ils, et ils sont tellement éloignés de toute distinction ou restriction que les arguments développés ci-dessus, pour établir le vrai caractère de la *manus*, semblent s'effacer et

(1) G. I., 111, 114, 115 *bis*, 118, 136 ; II, 139, 159 ; III, 3. — Ulp. XXII, 14.

Digitized by Google

devenir superflus, dans la pleine lumière de ces textes. On a cependant objecté que la similitude existant entre la fille et la femme *in manu,* au point de vue des biens, suffirait à expliquer les expressions de nos deux jurisconsultes, et l'on a cité, à l'appui de cette remarque, des expressions tout analogues concernant le *mancipium* : Gaius, a-t-on dit, affirme à plusieurs reprises (I. 123, 138; III. 114), que l'individu *in mancipio* est *loco servi;* or, il y avait incontestablement des différences essentielles entre l'esclave et lui (1). Gaius n'a donc entendu marquer par là qu'une ressemblance entre les deux conditions; qui nous assure, ajoute-t-on, que les textes relatifs à la femme *in manu* ne doivent pas être entendus avec la même réserve? (2) Ce raisonnement, d'ailleurs logique, ne démontre pas l'inexactitude de nos textes. A eux seuls ils ne feraient point la preuve complète du fait qu'ils semblent énoncer, cela est certain ; mais il ne faut pas les examiner isolément. Nous avons établi, par d'autres considérations, que la *manus* modifiait la situation de la femme au point de vue de sa personne. De quelle manière? Voilà ce que les jurisconsultes ne précisent guère. Seulement, Gaius et Ulpien proclament, sans restriction ni ambages, qu'elle prenait dans sa nouvelle famille le rang d'une fille de son mari ; et ensuite, au cours de leurs ouvrages, ils ne nous signalent qu'une différence entre la femme *in manu* et la *filiæfamilias* (G. I. 137 *in fine*), différence qui, nous le verrons, s'explique du reste parfaitement. Nulle part ailleurs ne se rencontre un texte contredisant leur affirmation ; quelques-uns au contraire lui prêtent appui.

Si l'on remarque en outre que le peuple romain à son origine était voisin de l'époque patriarcale, qu'il possédait alors dans ses mœurs plus d'un reste de cette époque, et que l'identité de condition entre la femme mariée et la fille de famille est précisément l'un des caractères de l'état patriarcal, l'on ne pourra être surpris que la *manus* eût pour effet de mettre la femme au rang d'une fille, vis-à-vis de son époux.

Contre cette opinion, Hase et après lui M. Gide, ont élevé diverses objections reposant, pour la plupart, sur des restitutions hypothétiques au Palimpseste de Vérone, que les savantes recherches de M. Studemund ont depuis lors singulièrement dérangées ou

---

(1) Paul : Sent. V. 1 § 1. — G. I., 141 ; II, 90.
(2) V. M. Gide, p. 188, n. 1.

Digitized by Google

même absolument détruites. Tandis que le père peut vendre son fils, dit M. Gide (p. 134), le livrer en guise d'indemnité à la personne qu'il a lésée, le donner en adoption, le mari ne peut ni vendre sa femme *in manu,* ni la céder en réparation du dommage, ni la donner en adoption. — Le mari ne peut vendre sa femme! Pure affirmation qui, loin de s'étayer sur un seul texte, est formellement contredite par un paragraphe des Commentaires de Gaius (I. 118). Si les termes précis de ce paragraphe n'ont pas été complétement encore rétablis, le sens général n'en peut être révoqué en doute et ne l'a du reste, à notre connaissance, jamais été : Gaius affirme de la manière la plus positive que la femme *in manu* peut être mancipée par celui, en la puissance duquel elle se trouve. A la vérité, il ajoute que cette mancipation n'intervenait guère que pour libérer la femme de la *manus* (I. 118 a); mais on ne saurait tirer de là le moindre argument, car le même texte nous révèle que les enfants aussi n'étaient guère vendus qu'en vue de leur émancipation. C'est que Gaius dans ce paragraphe indique ce qui se passait à son époque, le mécanisme de la mancipation dégénérée en une pure formalité. Si dans le principe elle a été une vente sérieuse, réelle — et cela paraît certain, — il ne nous semble pas y avoir la plus légère raison pour dénier le même caractère à la mancipation de la femme *in manu.*

Par là se trouve également écartée la prétendue impossibilité, pour le mari qui possède la *manus,* de céder sa femme en réparation du dommage causé par elle; car la seule preuve que l'on en ait donnée, est précisément la proposition dont nous venons de démontrer la fausseté. Si le mari n'avait pu soumettre sa femme qu'à un *mancipium* fictif, il est indubitable qu'il n'aurait pas eu le moyen d'en faire l'abandon noxal; mais le texte de Gaius, précédemment cité (I. 118 a), nous paraît montrer que de son temps encore, le *mancipium* établi sur une femme *in manu* pouvait être sérieux et par suite constitué *noxaliter* : Le plus souvent, dit-il, la mancipation n'a pour but que de libérer la femme de la *manus;* n'est-ce pas laisser entendre qu'il en était quelquefois autrement, et justifier ainsi notre affirmation?

En tout cas, a-t-on objecté, le délit de la femme *in manu* ne donnait pas lieu à une action noxale contre le mari (1). — La révi-

(1) V. Hase : p. 77. — M. Gide, p. 134, n. 1.

Digitized by Google

sion de M. Studemund a fait disparaître l'argument que l'on tirait, à l'appui de cette manière de voir, d'un texte douteux de Gaius (IV, 80) ; ce jurisconsulte, après avoir, au sujet des esclaves et des fils de famille, parlé des actions que les commentateurs appellent *adjectitiæ qualitatis*, et des actions noxales, ajoute : *Quod vero ad eas personas quæ in manu mancipiove sunt, ita jus dicitur ut cum ex contractu earum ageretur, nisi ab eo cujus juri subjectæ sunt, in solidum defendantur, bona quæ earum futura forent si ejus juri subjectæ non essent, veneant.* Tel est le texte donné par M. Studemund (1) ; il prévoit uniquement le cas d'un contrat passé par une personne *in manu* ou *in mancipio*, et mentionne la rescision qu'opérait alors de la *capitis deminutio* le préteur, en faveur du tiers créancier, à l'instar de ce qui avait lieu, pour celui dont le titre était antérieur à la constitution de la *manus* ou du *mancipium*. Mais comme on le voit, il n'y est aucunement question de délit ; nul argument ne peut donc s'en évincer, en ce qui concerne l'action noxale. Avant M. Studemund, divers auteurs adoptaient avec Lachmann une autre version. A la suite du mot *contractu*, ils intercalaient *aut ex maleficio*. Le texte ainsi lu semblait régler les deux hypothèses d'un contrat et d'un délit, et par suite de l'opposition qu'annonce le début de la phrase avec ce qui précède, écarter la possibilité de l'action noxale relativement aux personnes soumises à la *manus* ou au *mancipium*.

La femme *in manu* ne pouvait-elle enfin, comme on l'a soutenu, être donnée en adoption par le mari? Celui-ci, dit Hase (p. 114), n'ayant que la *manus* et non la *potestas*, ne pouvait transmettre à un tiers une puissance qu'il ne possédait pas. En effet, poursuit-il, le citoyen qui exerçait le *mancipium* sur un individu, ne pouvait céder à un autre sur lui la puissance paternelle ; le père seul avait le droit de donner ses enfants en adoption; ce qui le démontre, c'est que le fils, deux fois mancipé par son père, devait, au rapport même de Gaius (I. 134), être remancipé à ce dernier, pour que le citoyen dont on voulait faire le père adoptif le revendiquât entre ses mains. A cet argument nous répondrons qu'il repose, d'abord sur une différence de nature entre la *manus* et la puissance paternelle, c'est-à-dire sur la proposition même qui est en question ; ensuite sur une restitution à un texte de Gaius, laquelle

(1) V. M. Dubois, p. 462.

Digitized by Google

déjà contestée par Rudorf et Scheurl en Allemagne, a été à peu près détruite par M. Studemund (1). Jusqu'à lui, on se perdait en conjectures sur le deuxième procédé indiqué par Gaius au § 134 pour créer la *potestas* au profit de l'adoptant ; mais l'on se refusait en général à lire le texte, tel qu'il est porté dans l'*Apographum* de M. Studemund : *deinde aut patri remancipatur et ab eo is qui adoptat, vindicat apud prætorem filium suum esse, et, illo contra non vindicante prætore vindicanti filius addicitur; aut non remancipatur patri, sed ab eo vindicat is qui adoptat apud quem in tertia mancipatione est.* Il ne saurait désormais y avoir de doute; une fois la puissance du père naturel détruite par une triple mancipation, l'enfant pouvait être cédé en adoption par celui-là même qui le tenait *in mancipio.* Dès lors on ne voit pas pourquoi, la puissance du père de la femme ayant disparu par l'effet de la *manus,* le mari n'aurait pas eu la faculté de créer au profit d'un tiers le lien d'une paternité adoptive, en supposant d'ailleurs que la femme y consentît, lorsque par le progrès de la jurisprudence, les enfants ne purent plus être donnés, malgré eux, en adoption. (ll. 5 et 42, D. I. 7.)

On a cru trouver dans un autre passage des Commentaires de Gaius (II. 89 et 90), une objection péremptoire contre l'assimilation de la *manus* à la puissance paternelle : *Non solum autem proprietas,* dit Gaius, *per eos quos in potestate habemus, adquiritur nobis, sed etiam possessio..... per eas vero personas quas in manu mancipiove habemus, proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis, sicut per eos qui in potestate nostra sunt ; an autem possessio adquiratur quæri solet, quia ipsas non possidemus.* « N'est-ce pas dire clairement, s'écrie M. Gide (p. 133), que la *potestas* frappant la personne et le corps même du fils et de l'esclave, tout ce qu'ils possèdent *corpore* est par cela même au pouvoir et en la possession du chef de famille, tandis que la *manus* n'atteignant que le patrimoine de la femme et ne donnant aucun pouvoir sur sa personne, ne peut faire acquérir que ce qui entre dans son patrimoine et non ce qui est seulement possédé par elle? » Cette conclusion serait en effet très forte, si les jurisconsultes romains avaient unanimement admis le droit de possession du père sur ses enfants. Mais il n'en est pas ainsi : un texte de Paul renferme la trace d'une controverse à ce sujet (l. 1, § 8, D. XLI. 2); non moins formel que celui de

(1) V. M. Dubois, p. 84, n. 396.

Digitized by Google

Gaius, il déclare que le fils n'était pas non plus un objet de possession. On voit donc que la différence signalée par Gaius, entre la fille et la femme *in manu,* n'existait qu'aux yeux de certains jurisconsultes; et l'argument perdra encore de sa valeur, si l'on observe qu'à l'époque de Gaius, la *manus* n'était plus guère sérieuse, ne donnait plus au mari les étroites et rigides prérogatives des temps primitifs.

Une dernière considération, dirigée contre notre théorie, a été puisée encore dans Gaius : si la femme *in manu,* a-t-on dit, avait été soumise à son mari comme une fille à son père, aurait-elle pu l'obliger par le divorce à dissoudre cette puissance? Gaius atteste pourtant que ce droit lui appartenait (I. 137 *in fine*). — La difficulté paraît sérieuse; elle ne l'est pas. Et d'abord, le texte invoqué n'est point absolument clair : peut-être l'hypothèse qu'il prévoit, est-elle non celle d'un *repudium* envoyé par la femme au mari, mais l'hypothèse inverse; cette dernière interprétation diminuerait singulièrement la force de l'objection. Nous ne la croyons cependant pas exacte. Adoptons l'autre : Que la femme ait eu dès l'origine, à Rome, le droit de répudier son mari, contrairement à ce qu'affirme Plutarque (1), ou qu'elle ait seulement acquis ce droit dans la suite, il nous paraît manifeste que les Romains ne purent, en l'accordant à la femme engagée dans les liens d'un mariage libre, le refuser à la femme *in manu.* Le peuple qui, au VIe siècle de son existence, vit son premier divorce, devait certes croire que les femmes n'useraient jamais du *repudium* que pour des causes d'une gravité extrême, et alors pourquoi aurait-il fait une exception au détriment des femmes soumises à la *manus?* Il était bien naturel que ces dernières partageassent avec les autres la faculté de répudiation, et aussi que le divorce amené par la faute du mari l'obligeât à se dessaisir des droits résultant pour lui de la *manus.* Vers la fin de la République, quand les divorces se multiplièrent, cette puissance devint fort rare; les femmes qui s'y soumettaient encore étaient sans contredit les plus dignes de la protection du législateur : il n'aurait donc pu, sans injustice et sans hâter le triomphe définitif du mariage libre, retirer aux femmes *in manu* la ressource parfois nécessaire et légitime du *repudium.*

Nous en avons maintenant fini avec les objections de nos adversaires; leur réfutation impartiale nous permet, croyons-nous, de

(1) Vie de Romulus, 22.

Digitized by Google

conclure à une parfaite identité de nature entre la puissance paternelle et la *manus,* d'affirmer que celle-ci donnait au mari, sur son épouse, tous les droits du père sur ses enfants.

Ces droits, il serait superflu de les passer minutieusement en revue : nous avons eu l'occasion de mentionner les principaux; le *jus vitæ necisque* nous arrêtera seul encore quelques instants. L'existence de cette prérogative capitale, aux mains du père, ne saurait être révoquée en doute : Denys d'Halicarnasse l'atteste dans ses Antiquités romaines (II. 26), Papinien lui-même en fait mention (1). D'autre part, les historiens romains nous révèlent que le père ne prononçait jamais une sentence grave, sans être assisté d'un conseil de parents et d'amis (2), sorte de tribunal de famille qui paraît avoir joué un rôle important dans la société romaine. Le droit de vie et de mort du père n'a donc probablement jamais existé que sous d'étroites restrictions; au surplus, pendant longtemps, le blâme si puissant de l'opinion publique et celui surtout des censeurs auraient suffi pour l'empêcher de se donner trop libre carrière. Vers l'an 102 avant Jésus-Christ, sous le quatrième consulat de Marius, un père fut condamné pour avoir tué son fils sans prendre l'avis du tribunal domestique (3); et si, dans l'histoire, on voit des enfants punis de mort par le père seul, c'est que celui-ci alors agissait, non comme père, mais comme investi de fonctions l'y autorisant : Brutus par exemple était consul; Manlius Torquatus, dans la guerre des Latins, était général.

Le mari, quand il possédait la *manus,* avait, lui aussi, droit de vie et de mort sur sa femme. Indépendamment de l'identité parfaite de cette puissance avec la *patria potestas,* divers textes permettraient de l'établir : Valère Maxime par exemple (VI. 3), raconte qu'un certain EgnatiusMetellus fit périr sous le bâton sa femme, coupable de s'être enivrée, et donna ainsi « un excellent exemple » à ses concitoyens; Tacite nous apprend aussi (Ann. XIII. 32) que, sous le règne de Néron, une femme nommée Pomponia Grœcina fut accusée d'avoir pris part à des superstitions étrangères, que son mari reçut mission de la juger et y procéda, suivant une vieille coutume, en présence des proches parents de la coupa-

(1) V. Coll. leg. mos. et roman. IV. 8.
(2) Tite-Live, II, 61. — Valère-Maxime, V. 8 § 2; V. 9 § 1.
(3) Paul Orose, V. 16.

Digitized by Google

ble. Ces textes, et d'autres peut-être que l'on pourrait citer, ne spécifient pas que les femmes dont il y est parlé fussent *in manu;* en outre, l'exemple fourni par Tacite se rapporte à une époque où la *manus* n'était plus très commune. De là naît cette question : était-ce la *manus* ou le mariage qui donnait au mari le *jus vitæ necisque?* Ce dut être, il nous semble, la *manus* seule, au moins pendant longtemps. La puissance paternelle était en effet une puissance absolue et, par là même, impartageable dans ses attributs essentiels; or, elle n'était pas détruite par le mariage libre Le père avait donc seul, pendant la durée de ce mariage, l'exercice du droit exorbitant de vie et de mort. Cependant, lorsqu'avec les années la puissance paternelle se fût émoussée, peut-être alors vit-on le mari empiéter sur les droits exclusifs du père, les partager avec lui ou même l'en exclure entièrement. Cette évolution était peut-être accomplie sous Néron, mais il nous paraît certain que des siècles se sont écoulés, avant qu'elle commençât à se produire.

Le tribunal de famille qui devait, nous l'avons dit, assister le père dans les cas graves, assistait certainement aussi le mari. Quant à sa composition, à sa compétence, aux peines qu'il prononçait, il est impossible de rien dire de précis. On sait toutefois qu'il était formé non d'agnats, mais de cognats ; et un texte de Polybe (Hist. VI. 1) permet de croire qu'il y entrait les cognats, tant du mari que de la femme jusqu'au sixième degré. Ce texte mentionne un usage curieux des Romains, le *jus osculi,* c'est-à-dire l'obligation imposée aux femmes, pour mieux assurer l'observation de la défense portée contre elles de boire du vin, de baiser sur la bouche certains parents, probablement ceux appelés à la juger en cas de faute ; or, ce *jus osculi,* dit Polybe, existait vis-à-vis des parents du mari et de la femme jusqu'au sixième degré, limite qui paraît avoir été de tout temps appréciée des Romains, ainsi que l'attestent les lois *Cincia* et *Furia testamentaria.*

Au surplus, la composition du tribunal de famille n'avait rien d'absolument obligatoire : le mari pouvait, si bon lui semblait, et devait même probablement, à défaut de cognats au degré voulu, y appeler d'autres parents, des amis ou des étrangers en relief ; cette conjecture s'appuie sur l'exemple de Lucius Gellius, jugeant son fils, au rapport de Valère Maxime (V. 9, § 1).

Quels faits nécessitaient la convocation du tribunal de famille? Tous ceux sans doute qui donnaient lieu à l'application d'une

Digitized by Google

peine sévère, peut-être ceux seulement qui auraient pu motiver une accusation devant les tribunaux criminels de Rome. Quant aux peines, elles devaient être complétement arbitraires, sauf le correctif résultant de la puissance morale de l'opinion publique et du censeur (1).

Signalons maintenant une dernière conséquence de l'assimilation parfaite de la *manus* à la puissance paternelle : toutes deux entraînant pour le père et le mari le même pouvoir rigoureux, absolu, s'excluaient forcément l'une l'autre ; elles ne pouvaient coexister sur le même sujet, au moins avec leurs prérogatives capitales. L'autorité qui passait au mari par l'effet de la *manus*, échappait donc aux mains du père, et s'il restait à celui-ci quelque parcelle de son ancienne puissance, ce n'était plus qu'un droit insignifiant, vague et mal défini ; désormais par exemple il ne pouvait plus, comme avant la *conventio in manum*, briser le mariage de sa fille, l'obliger à se séparer de son époux. Dans un cas, cependant, la puissance paternelle se réveillait, violente et terrible : le père qui surprenait sa fille, même *in manu*, en flagrant délit d'adultère, chez lui ou chez son gendre, avait le droit de la tuer (*coll. leg. mos.* IV. 2, § 2).

Lorsque la fille, au lieu de se trouver *in manu mariti*, était seulement engagée dans les liens d'un mariage libre, sa situation était alors toute différente : le père conservait sur elle un pouvoir entier, à tel point qu'il avait même, nous le verrons, la faculté d'envoyer à son gendre le *repudium*, et cela, contre le gré de sa fille. Celle-ci venait-elle à commettre une faute grave : le soin de convoquer le conseil de famille et de le présider incombait sans nul doute au père. Cependant le mari, par le seul effet des justes noces, devait acquérir un certain pouvoir sur sa femme : vivant constamment avec lui, dans la maison où il commandait en maître, il est impossible qu'elle échappât entièrement à son autorité; mais dans quelle mesure y était-elle soumise? Nous l'ignorons. Le mari sans doute avait un droit de correction pour les fautes légères, peut-être pour toutes celles qui ne nécessitaient pas la réunion du tribunal de famille. De ce partage d'attributs, entre lui et le père, devait naître plus d'une rivalité, plus d'un conflit : alors probablement le conseil domestique intervenait et empêchait,

(1) V. sur tous ces points : M. de Fresquet, du Tribunal de famille (Revue hist. t. I)

Digitized by Google

par sa médiation, l'emploi de l'argument suprême auquel aurait pu recourir le père offensé, le *repudium*.

Il nous reste à prévoir le cas où la femme *in manu* venait à être enlevée ou détenue injustement par un tiers, et à indiquer les moyens légaux par lesquels le mari pouvait en obtenir la restitution. L'identité de la *manus* avec la puissance paternelle ne permet pas, selon nous, de douter que ces moyens ne fussent exactement ceux accordés au père dans la même hypothèse : or, à l'origine, le droit de propriété du père sur ses enfants étant incontestablement reconnu, il pouvait sans doute, sous les « actions de la loi », les revendiquer avec les formes ordinaires du *sacramentum*. Pour la période formulaire, un fragment d'Ulpien nous renseigne à ce sujet (l. 1, § 2. D. VI. 1), et il suffit de le lire attentivement pour être assuré que le jurisconsulte y mentionnait, à côté des enfants, la femme *in manu*, en des termes exprès, supprimés lors de la confection du Digeste : si cette conjecture est exacte, à l'époque d'Ulpien, c'est-à-dire à un moment où la *manus*, la vraie *manus*, n'était plus que l'ombre d'elle-même, elle permettait encore au mari de revendiquer sa femme, pourvu qu'il le fît *adjecta causa*, en indiquant dans l'*intentio* de la formule la nature particulière de son droit. Cette *adjecta causa* n'était probablement pas en usage aux débuts du système formulaire.

Le fragment d'Ulpien, qui vient d'être cité, indique d'autres moyens à la disposition du père, et par suite, dans notre opinion, à la disposition du mari : un *præjudicium*, c'est-à-dire une action préjudicielle, des interdits, une *cognitio prætoria* ou *extraordinaria;* cette dernière fort utile, quand le débat s'élevait entre le mari et la femme sur l'existence de la *manus*, car il n'y avait pas d'action proprement dite possible entre deux personnes dont l'une était sous la puissance de l'autre (1) ; le *præjudicium* dans ce cas n'aurait pu s'engager que si la femme avait été autorisée, comme l'individu plaidant pour sa liberté, à se faire représenter par un *assertor*, et rien ne permet de garantir que cela ait jamais été admis.

SECTION II

Conséquences pécuniaires de la « Manus »

Les effets pécuniaires de la *manus* se déduisent pour la plupart

(1) L. 4 D. V. 1; L. 7 D. XLIV. 7. — V. M. Accarias, II, p. 980. n. 2 et p. 1025.

Digitized by Google

des deux propositions suivantes : 1° La *manus* entraînait un changement complet dans la personne juridique de la femme. Ce changement recevait à Rome, en toute hypothèse, du moins selon l'opinion générale des auteurs modernes, ainsi que nous l'avons vu, la qualification de *minima capitis deminutio* : nous adopterons cette terminologie. 2° La femme, pendant toute la durée de la *manus*, figurait au nombre des personnes *alieni juris*. — De ces deux idées combinées ensemble, résulte une double série de conséquences que nous allons examiner tout d'abord, les unes relatives aux biens et aux dettes de la femme antérieurs à la *conventio in manum*, les autres relatives à ses acquisitions et à ses obligations postérieures.

§ 1er — Du sort des biens et des dettes de la femme antérieurs à la « Manus »

Lorsque la femme, au moment où elle tombait *in manu*, était déjà *alieni juris*, c'est-à-dire soit *in potestate* soit *in mancipio*, la *manus* ne pouvait, on le devine, entraîner de conséquence importante au point de vue qui nous occupe. De biens en effet, la femme n'en possédait pas. D'obligations, elle n'en pouvait avoir assumé que par son délit ou son quasi-délit (G. III. 104) : or précisément ces obligations, le droit civil les laissait survivre à la *minima capitis deminutio*, et de ce côté encore pas de changement, sinon que l'action noxale du créancier devait désormais être dirigée contre le mari. A cela près, la *manus* n'avait donc pas, dans notre hypothèse, de résultat pécuniaire immédiat.

Si au contraire la femme se trouvait *sui juris*, au moment de la *conventio in manum*, celle-ci produisait aussitôt des conséquences pécuniaires très sérieuses : elle faisait passer au mari les biens de toute nature appartenant à la femme, elle en opérait une *transmissio per universitatem*, comme l'aurait fait une adrogation. Choses corporelles et incorporelles, droits réels et droits de créance, le mari acquiérait tout *ipso jure*, instantanément et sans qu'il fût besoin de la moindre tradition (1). Cependant la *manus*, produisant une *minima capitis deminutio*, avait pour effet d'éteindre certains droits que les Romains considéraient comme particulièrement attachés à la personne : la plupart de ces droits, peut-être tous,

---

(1) G. II. 98; III. 83. — Cic. Top. 4.

Digitized by Google

nous sont signalés par Gaius dans deux textes (III. 83 et 114). Ce sont : d'abord l'usufruit, auquel il faut assimiler sans aucun doute l'usage (§ 1. Inst. III. 10) ; et non pas seulement le droit déjà constitué, déjà en cours d'exercice, mais la créance même d'usufruit ou d'usage (l. 1 pr. VII. 4). Quand Justinien supprima cet effet de la *minima capitis deminutio,* la *manus* avait complétement disparu. Il est à remarquer que deux autres servitudes personnelles, l'habitation et les *operæ servi* survivaient à la *minima capitis deminutio,* pour cette raison donnée par Modestin au sujet de l'habitation, savoir qu'elles consistaient plutôt en un fait qu'en un droit (l. 10, D. IV. 5), c'est-à-dire qu'elles n'étaient pas reconnues par l'ancien droit civil de Rome. Au surplus, l'usufruit et l'usage ne s'éteignaient pas toujours définitivement par l'effet de la *manus :* si par exemple ils avaient été constitués *in singulos annos*, ou *menses* ou *dies,* ils renaissaient au profit du mari, à l'expiration de l'année, du mois, du jour où s'était produite la *conventio in manum.*

Gaius indique en second lieu, comme éteinte par la *manus,* l'*operarum obligatio libertorum quæ per jusjurandum contracta est,* c'est-à-dire l'engagement contracté, sous la foi du serment, par l'esclave, avant d'être affranchi, relativement aux services à fournir au patron.

Il cite encore le droit déduit en justice dans un *judicium legitimum,* c'est-à-dire le droit né de la *litis contestatio,* au profit de la femme demanderesse, dans un *judicium legitimum.* En ce cas, le droit antérieur à la *litis contestatio* ne revivant pas, la déchéance eût été complète, mais une si flagrante iniquité dut motiver l'intervention du préteur (V. M. Accarias I. p. 105).

Il est encore un droit auquel mettait fin la *conventio in manum :* c'est la créance résultant d'une *adstipulatio* (G. III. 114), pour ce motif probablement que l'*adstipulator,* dans ses relations avec le stipulant principal, n'est qu'un mandataire ; or le mandat, étant généralement contracté *intuitu personæ,* ne pouvait survivre au changement de personnalité de l'une des parties. Par là il est aussi permis de croire que tout mandat, donné ou reçu par une femme, et non encore exécuté à l'instant où elle tombait *in manu,* prenait immédiatement fin.

Nous savons maintenant ce que devenaient, par l'effet de la *manus,* les biens et les droits que possédait, avant de s'y soumettre, une femme *sui juris.* Quant aux dettes qui grevaient à ce moment son

Digitized by Google

patrimoine, en principe, elles s'éteignaient toutes à raison du changement opéré dans la personne juridique de la femme, comme les dettes d'un individu décédé sans héritier. Les créanciers, si l'on eût rigoureusement appliqué cette idée, auraient vu le patrimoine de la femme passer aux mains du mari, sans pouvoir désormais réclamer à personne le paiement de ce qui leur était dû, mais l'on plia la règle à un tel nombre d'exceptions qu'elles finirent par l'absorber à peu près complétement. La *manus* laissait en effet subsister :

D'abord, les dettes résultant d'un délit ou d'un quasi-délit (l. 2, § 3, D. IV. 5); de puissantes raisons d'ordre social exigeaient cette dérogation. A la vérité la femme n'ayant plus de biens, l'action directe dont elle demeurait tenue n'offrait guère d'avantage au créancier, mais il lui restait la ressource de l'action noxale. (G. IV. 77).

En second lieu, les dettes grevant une hérédité déjà recueillie par la femme passaient de plein droit, en même temps que l'actif, sur la tête du mari (G. III. 84) ; et ce résultat s'explique très simplement : par la *manus* qu'il acquiérait, le mari devenait héritier aux lieu et place de la femme; or l'hérédité, actif et passif, formait un tout indécomposable, à tel point que l'adition faite par un pupille non autorisé était absolument nulle, quelle que fût la supériorité de l'actif sur les dettes de la succession. Ainsi quant aux obligations provenant d'une hérédité, le mari en était tenu *jure civili,* par voie d'action directe ; et cela, non pas seulement sur les biens à lui apportés par la femme, mais encore sur son patrimoine personnel. On l'a pourtant contesté, et l'on a soutenu que ces dettes suivaient le sort des dettes contractuelles de la femme, que le texte cité de Gaius se réfère au passif, non d'une hérédité recueillie avant la *conventio in manum,* mais d'une hérédité acceptée avec le consentement du mari. — Si telle était l'hypothèse prévue au texte, l'obligation directe du mari serait tellement évidente qu'il eût été oiseux de s'en expliquer. Qu'on lise du reste Gaius avec attention : *desinit heres esse,* dit-il, en parlant de la femme ; le jurisconsulte suppose donc qu'elle a été un instant héritière, et elle ne peut l'avoir été que si elle a fait adition, alors qu'elle se trouvait encore *sui juris*. (V. M. Accarias. II, p. 165 n. 3.)

Les deux exceptions que nous venons de voir furent les seules introduites par le droit civil, au profit des créanciers antérieurs à la *manus ;* mais le préteur se montra bien plus généreux à leur

Digitized by Google

égard : par une clause de son édit il leur accorda, pour toute dette de la femme résultant d'un contrat ou d'un quasi-contrat, une *in integrum restitutio,* et leur donna une action utile fictice contre leur débitrice (l. 2, § 1. IV. 5). Le mari fut alors obligé de défendre celle-ci, c'est-à-dire de figurer lui-même comme partie à la *litis contestatio,* sous peine de voir le magistrat autoriser les créanciers à se saisir des biens ayant appartenu à la femme, et à les vendre, ainsi que tous ceux qui pourraient lui échoir dans la suite. La *manus,* dès ce moment, laissa donc subsister contre la femme une obligation prétorienne, garantie par l'action utile fictice dont il vient d'être parlé.

§ 2. — Du sort des acquisitions et des obligations de la femme postérieures à la « Manus »

Pendant la durée de la *manus,* la femme était pour le mari un instrument d'acquisition : fruits de son travail, bénéfices de son commerce, donations ou testaments faits en sa faveur, tout devenait immédiatement la propriété du mari, car dans la personne et le patrimoine du chef de famille s'absorbaient la personne et les intérêts de tous ceux qui se trouvaient soumis à sa puissance.

Mais la femme pouvait-elle sans distinction acquérir toute espèce de droits au mari, et le pouvait-elle par toute sorte de moyens? A la première partie de cette question l'on n'hésiterait pas à répondre affirmativement, si Gaius ne nous révélait, dans un texte déjà cité (II. 90), l'existence d'une controverse au sujet du droit de possession. Nous avons eu l'occasion de commenter ce texte et de montrer, en le rapprochant d'un autre de Paul (l. 1, § 8. D. XLI. 2), que la controverse était récente, qu'elle n'a même jamais dû être bien sérieuse.

Quant aux divers modes d'acquisition en usage à Rome, ils n'étaient pas tous à la portée de la femme *in manu.* Gaius nous apprend en effet (II. 96) que l'*in jure cessio* était inaccessible aux personnes *in potestate, in manu* ou *in mancipio.* La raison qu'il paraît en donner est que ces personnes, incapables d'être propriétaires, ne pourraient affirmer *in jure* que telle chose déterminée leur appartient. Ce motif serait loin d'être péremptoire, car un individu *alieni juris* pouvait recevoir une mancipation, acte qui nécessitait de la part de l'acquéreur la prononciation d'une formule identique à celle de l'*in jure cessio.* La véritable pensée du texte

Digitized by Google

est probablement celle-ci : l'*in jure cessio,* simulation d'une *legis actio,* ne saurait être à la portée de ceux qui n'ont point capacité pour figurer, comme demandeurs, dans un procès sérieux; or telle était bien la condition des personnes *alieno juri subjectæ.*

La femme *in manu* pouvait naturellement acquérir pour son mari un droit de créance, tout comme un droit réel. A l'inverse pouvait-elle s'obliger? Oui, par délit ou quasi-délit; non, par contrat ou quasi-contrat. Et d'abord au sujet du délit ou du quasi-délit, l'affirmative est certaine : l'esclave lui-même s'obligeait civilement de cette manière (l. 14. D. XLIV. 7). Quant au mari, il était alors également obligé, mais il avait, dans l'abandon noxal de sa femme, le moyen de s'affranchir de toute responsabilité : cette double proposition a été ci-dessus établie; nous n'y insisterons pas.

La femme ne pouvait, avons-nous dit, s'obliger par contrat ni quasi-contrat vis-à-vis de personne : tel était du moins le droit civil. Sur ce point les travaux de M. Studemund ont apporté une lumière précieuse : le paragraphe 104 du Commentaire III de Gaius, déchiffré d'une manière à peu près certaine, a révélé l'incapacité de la fille de famille et de la femme *in manu,* incapacité radicale, absolue, car le père et le mari ne fournissant jamais à Rome leur *auctoritas,* elles ne pouvaient en être relevées en aucun cas. La femme *sui juris* au contraire se liait valablement avec l'*auctoritas* de son tuteur; et cette différence s'explique à merveille, si l'on songe que, la femme *sui juris* ayant un patrimoine, il fallait de toute nécessité lui permettre de s'obliger de quelque façon, tandis que la fille et la femme *in manu,* ne possédant aucun bien, n'avaient pas besoin de la même faculté. Au surplus nous avons vu que le préteur finit par étendre aux créanciers de la femme, postérieurs à la constitution de la *manus,* le bénéfice de l'*in integrum restitutio* qu'il avait accordée aux créanciers antérieurs à cet évènement, et que les premiers eurent alors pour gage tous les biens échus à leur débitrice, depuis l'engagement contracté vis-à-vis d'eux. (G. IV. 80). Ajoutons encore que l'incapacité des filles de famille ne dura pas toujours à Rome. Un texte d'Ulpien (l. 9, § 2, D. XIV. 6) montre que, de Gaius à ce jurisconsulte, il s'opéra dans le droit une importante évolution; la fille reçut une entière aptitude à contracter. Mais alors la *manus,* la vraie *manus,* comme on le verra, n'existait déjà plus ou presque plus. Cette évolution lui demeurera donc à peu près étrangère.

Digitized by Google

La femme *in manu,* incapable *jure civili* de s'obliger envers un étranger, l'était *a fortiori* vis-à-vis de son mari, pour ce motif que nulle action en justice n'était admise entre deux personnes unies par un lien de puissance quelconque (l. 4, D. V. 1) ; la même raison empêchait aussi le mari de s'obliger civilement envers elle. Cependant le contrat intervenu entre eux créait sans doute dans tous les cas une obligation naturelle, puisque de l'esclave même à son maître, une pareille obligation était susceptible de se former (G. III, 119 *in fine*).

S'il est vrai que la femme *in manu* ne possédât rien en propre, qu'est-ce donc, pourrait-on dire, que le pécule dont parlent quelques auteurs romains, Plaute par exemple (1) ? Ce pécule, sans aucun doute, est celui que l'on appela sous Auguste *profectice,* pour le distinguer d'un autre, tout différent, créé à cette époque, le *pécule castrans.* Il consistait uniquement dans l'administration d'une certaine quantité de biens, que le maître confiait à son esclave, le père à son fils ou à sa fille, le mari à sa femme *in manu,* sans en perdre à aucun égard la propriété : l'esclave, le fils ou la fille, la femme *in manu* n'en avaient que la gestion ; encore pouvait-elle leur être retirée *ad nutum.* Ce pécule n'avait donc rien de commun avec d'autres institutions qui, venues bien plus tard, en empruntèrent le nom générique : le *pécule castrans,* sous Auguste ; les *pécules quasi-castrans* et *adventice,* sous Constantin. Sur tous ceux-ci le fils ou la fille exerçaient un véritable droit de propriété ; mais nous verrons qu'à l'époque où fut imaginé le *pécule adventice* (le seul des trois qui pût appartenir à une femme), la *manus* avait disparu de la scène juridique.

Si maintenant, édifiés sur la condition de la femme *in manu,* en ce qui concerne ses biens, nous la comparons à celle de la femme dans le mariage libre, quelques mots suffiront pour indiquer les différences profondes qui les séparent. La femme, en l'absence de *manus,* garde complétement, au point de vue pécuniaire, la situation qu'elle possédait avant le mariage. Était-elle soumise à la puissance d'un père : elle continue à acquérir pour lui, et le mari ne recueille pas la moindre parcelle des biens qui viennent à lui échoir. Était-elle *sui juris* : elle reste à la tête de sa fortune et l'administre comme par le passé, avec l'assistance de son tuteur. Il n'y a d'ex-

---

(1) « Peculi probam nihil habere addecet.
Clam virum. » V. Plaute (Casina. act. II, sc. 2).

Digitized by Google

ception que pour les biens qu'elle s'est constitués en dot : ceux-là appartiennent au mari en toute propriété ; ils sont même destinés à ne plus sortir de son patrimoine, exactement comme les acquisitions réalisées par lui au moyen de la *manus*. Cette règle disparut d'ailleurs, lorsque de la fréquence des divorces naquit l'action *rei uxoriæ* ; mais la jurisprudence qui la créa ne la borna point, nous allons le voir, au cas d'une véritable constitution de dot : elle l'accorda à toutes les femmes mariées, sans distinction, et pour tous les biens que leur union avait, d'une manière quelconque, fait passer en la propriété du mari.

§ 3. — Droit éventuel de la femme à la restitution de ses biens.

La dévolution qu'entraînait la *manus*, au profit du mari, tant des biens appartenant à la femme au jour de la *conventio in manum* que de tous ceux à elle échus postérieurement, était dans le principe irrévocable, cela est certain. Elle conserva incontestablement aussi ce caractère pendant longtemps ; mais ne le perdit-elle pas aussi à une époque déterminée ? L'introduction, dans la pratique romaine, de l'action *rei uxoriæ* ne vint-elle pas bouleverser les règles du vieux droit en la matière ? La question est vivement controversée.

Il importe avant tout de bien fixer les circonstances dans lesquelles naquit à Rome cette action. Pendant les cinq premiers siècles de son existence, le peuple romain ne connut ni actions ni stipulations *rei uxoriæ*. Aulu-Gelle (IV. 3) l'affirme, et il invoque à son appui le témoignage de Servius Sulpicius : ce savant jurisconsulte, dit-il, reconnaissait, dans son livre *de dotibus*, que la nécessité des stipulations *rei uxoriæ* ne se fit pas sentir avant le divorce de Spurius Carvilius Ruga, lequel eut lieu, comme on sait, en l'année 520 de Rome. Denys d'Halicarnasse, dans ses antiquités romaines, confirme cette autorité. Il paraît donc au moins très probable que la femme, même engagée dans le lien d'un mariage libre, n'eut eu aucun cas jusqu'au sixième siècle, d'action en restitution de sa dot ; que celle-ci jusqu'alors fut toujours une libéralité irrévocablement faite au mari. Le mot même, d'ailleurs, ne l'indique-t-il pas? *Dos* et *donum*, nous dit Festus (V° *dos*), ont une commune étymologie. Et ce caractère primitif de la dot n'a rien de surprenant : les mariages à l'origine ne se dissolvaient point par le divorce; d'autre part, loin d'encourager le convol des veuves en secondes noces, on le voyait avec défaveur, à preuve la qualification d'*univi-*

Digitized by Google

ria, inscrite comme un titre de gloire sur le tombeau de quelques femmes de l'époque. Il aurait pu quelquefois, à la vérité, arriver que la veuve se trouvât dans le besoin ; mais le mari, par crainte d'un blâme public pour sa mémoire, devait manquer rarement de laisser à son épouse un legs convenable, quand elle n'était point *in manu ;* et si elle était *in manu,* elle prenait alors dans la succession une part égale à celle de chacun de ses enfants.

Tant que durèrent à Rome les mœurs rigides des premiers jours, cet état de choses ne présenta donc, à vrai dire, pas d'inconvénient. Mais vers le milieu du sixième siècle, la corruption commença à germer, les divorces peu à peu se multiplièrent. Les hommes virent dans le mariage un moyen commode pour s'enrichir : ils divorçaient et gardaient la dot. Privées de leurs biens, les femmes ne trouvaient plus à contracter de nouvelles unions. La République manquait par là de citoyens, et l'intérêt de l'État venait se joindre à l'équité, pour imposer aux maris l'obligation de restituer les biens entrés par le mariage dans leur patrimoine. Alors s'introduisit, dit Aulu-Gelle (IV. 3), l'habitude des *cautiones rei uxoriæ,* c'est-à-dire des conventions relatives à la dot : elles ne prévirent d'abord probablement qu'une éventualité, le divorce ; puis une autre, la mort du mari. Devenues de style, la jurisprudence les sous-entendit, et elle créa indépendamment de toute stipulation particulière l'action *rei uxoriæ*, en l'accordant, peut-être d'un seul coup, peut-être successivement dans le cas de divorce et dans le cas de veuvage (1). Cette action ne s'appliqua-t-elle qu'aux biens apportés au mari dans le mariage libre, biens constituant réellement une dot ? Ou au contraire fut-elle donnée à toutes les femmes sans distinction, et pour tous les biens que leur union faisait passer dans le patrimoine du mari, de quelque façon que cet effet se produisît, c'est-à-dire soit par une conséquenee forcée de la *manus*, soit par une véritable constitution de dot ? Cette dernière opinion nous paraît seule exacte (2). Elle est pourtant vivement contestée, et l'argument sur lequel on s'appuie semble décisif au premier abord. L'action *rei uxoriæ,* dit-on, implique l'existence chez la femme, pen-

---

(1) V. MM. Gide : du caractère de la dot en droit romain (Revue de législ. fr. et étr., 1872), p. 128 et s. ; Bechmann et Czyhlarz : das rœmische Dotalrecht.

(2) V. MM. Gide. op. cit., p. 141 et s. ; Bechmann et Czyhlarz, op. cit. ; Ginoulhiac, p. 63 et 64. — Contra : Hase, p. 78.

Digitized by Google

dant toute la durée du mariage, d'un droit de créance contre son époux. Or, la *manus* rendait un pareil droit impossible : jamais donc, après la dissolution du mariage, le mari ni ses héritiers n'ont pu être inquiétés par le moyen de l'action dont s'agit. L'argument serait irréprochable si la prémisse n'était fausse. M. Gide, à qui nous empruntons en la matière une foule de considérations, a très nettement indiqué l'erreur de ce raisonnement : « S'il est vrai, dit-il (p. 142), que la dot romaine fût, non pas un prêt, mais un don fait à toujours, s'il est vrai que l'action *rei uxoriæ* ne fût qu'une sorte de secours personnel accordé à la veuve et à l'épouse divorcée, et par conséquent ne prît naissance qu'au jour du divorce ou du veuvage, qu'importe alors la *conventio in manum ?* Elle ne pouvait faire obstacle à l'action *rei uxoriæ,* puisqu'au moment où cette action prenait naissance, la *manus* avait déjà pris fin. » Il nout faut maintenant établir que, durant le mariage, la femme, même non soumise à la *manus,* n'était pas créancière de sa dot, que le droit servant de base à l'action *rei uxoriæ* ne naissait point de la remise de cette dot au mari, mais seulement du préjudice que le mari causait à la femme, soit en la répudiant injustement, soit en prédécédant sans lui assurer une légitime aisance.

Le langage des jurisconsultes romains, au sujet du droit éventuel de la femme sur sa dot, est extrêmement obscur et ambigu. Certains textes semblent lui reconnaître plus qu'un droit de créance, un véritable droit de propriété (1). D'autres proclament de la manière la plus formelle que le seul propriétaire de la dot est le mari (2), même à l'époque de Justinien. C'est là du reste une vérité incontestable : le mari, en effet, usucape *pro dote* les biens à lui remis en dot, si la personne de laquelle il les a reçus n'en était pas propriétaire ; il peut les vendre, les céder à la femme elle-même (l. 58. D. XXIV. 3) ; la seule prohibition de les aliéner, portée contre lui par la loi *Julia,* suffit à établir son droit de propriété.

Mais la femme du moins n'avait-elle pas pendant le mariage un droit de créance? Aucun texte, remarquons-le, n'emploie le mot *obligatio,* qui accuserait nettement ce caractère. Puis les étrangetés qu'offrait l'action *rei uxoriæ* montrent combien le droit qu'elle

---

(1) ll. 75., D. XXIII, 3 ; 3 § 5. D. IV, 4.
(2) G. II, 63. — l. 24, D. XXV, 2. — Inst., pr. II, 8.

Digitized by Google

sanctionnait était, dans son essence, anormal, exceptionnel. Elle figurait au nombre de celles *in bonum et æquum conceptæ* (l. 8, D. IV, 5), actions rares, et toutes affranchies des règles ordinaires du droit; ainsi notamment le juge y jouissait d'un pouvoir absolu, illimité, quant au chiffre de la condamnation. L'action *rei uxoriæ* survivait à la *capitis deminutio* du mari et de la femme, même à la *media capitis deminutio* résultant de la peine de la déportation (l. 5, D. XLVIII. 20); elle passait sur la tête de la femme, au lieu de rester sur celle du père, quand la femme venait à être émancipée, après la dissolution du mariage (l. 9. D. IV, 5); la femme, divorcée ou survivante, pouvait en paralyser l'exercice dans les mains du père, à la puissance de qui elle était cependant soumise (Ulp. VI. 6; l. 3, D. XXIV. 3).

De toutes ces anomalies se dégage clairement la singularité du droit à la restitution de la dot; pourrait-on s'en étonner si l'on songe à la destination toute particulière de celle-ci? La dot n'est point, ainsi que le commun des richesses, uniquement appelée à procurer à la femme un bien-être matériel; elle lui permet de se marier, et par là, en donnant à l'État des bras utiles, des cœurs vaillants, de connaître les joies du mariage, le bonheur inappréciable d'une famille fondée et élevée par ses soins.

En résumé, le droit qui sert de base à l'action *rei uxoriæ* tire uniquement sa source de l'équité; et comme l'équité jusqu'à la dissolution du mariage est pleinement satisfaite, la dot remplissant alors sa destination, le droit de la femme naît seulement à cette époque, il n'existe qu'à ce moment. Du reste, étant donnée sa nature tout exceptionnelle, nous pourrions, sans compromettre le succès de notre démonstration, le reconnaître chez la femme, pendant la durée de l'union conjugale, et nous abriter après cela derrière un texte de Gaius (l. 8 D. IV. 5), précisément relatif à l'action *rei uxoriæ : Eas obligationes quæ naturalem præstationem habere, intelliguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere non potest.* Ce ne sera point, il nous semble, forcer la pensée de Gaius que de traduire ainsi les derniers mots du texte : « Les règles du droit civil n'ont rien à faire en des questions de pure justice; » et n'est-il pas acquis par là que la femme pouvait, en dépit de la *manus,* posséder contre son mari un droit uniquement fondé sur l'équité?

En vain objecterait-on que les textes se rapportant à l'action *rei uxoriæ* prévoient tous, ou du moins semblent tous prévoir l'hypo-

Digitized by Google

thèse d'une « dot » ; que ce mot avait à Rome un sens tout spécial, excluant l'idée de la *manus* et attesté par Ulpien (VI. 1) dans ses règles : *Dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*. Sans doute les biens « dotaux », *stricto sensu*, ne comprenaient point ceux acquis au mari par le moyen de la *manus*; mais tous remplissaient le même but, jouaient le même rôle; la qualification des premiers, dans un sens large, convenait donc aussi aux autres. Cela est si vrai que Cicéron n'hésitait pas à voir dans la *manus* une constitution de dot : *Quum mulier in manum convenit*, dit-il (Top. IV), *omnia quæ muliëris fuerunt viri fiunt dotis nomine*; et bien longtemps après, Paul (fr. vat. 115) arguait de la *manus* à la constitution de dot : *Omnia in dotem..... dari posse; argumento esse in manum conventionem*. Bien mieux, le nom même de l'action *rei uxoriæ* ne prouve-t-il pas qu'elle n'était point bornée aux limites d'une dot véritable? Pourquoi en effet cette périphrase? Pourquoi ne pas dire *actio dotis*, action dotale, ce qui eût été à la fois plus exact et plus court? N'est-ce pas visiblement parce qu'elle s'appliquait sans distinction, à tout ce qui était advenu au mari d'une manière quelconque par l'effet de son union?

Nous avons à prévoir un autre argument. En supposant, pourrait-on dire, que l'action *rei uxoriæ* dans le principe, à cause de l'indétermination du droit de la femme, n'impliquât pas chez celle-ci un véritable droit de créance, quand s'introduisirent les *retentiones dotis*, quand on fixa législativement la part exacte de la dot que garderait le mari, suivant les circonstances, le droit à la restitution de cette dot ne se précisa-t-il pas alors, ne devint-il pas un droit de créance ordinaire, par conséquent inaccessible à la femme *in manu?* A cette objection l'on pourrait faire bien des réponses; nous nous bornerons à la suivante : Une fois accordée aux femmes *in manu*, l'action *rei uxoriæ* devait presque forcément leur rester ; elles étaient en effet les plus dignes de la protection des lois ; et puis, en leur enlevant cette action, on aurait sans aucun doute précipité la ruine complète de la *manus*. Quelle femme eût consentie à se soumettre à une puissance qui aurait entraîné l'abandon complet et définitif de ses biens au mari, à une époque où les divorces étaient devenus innombrables? C'est là, nous semble-t-il, une considération décisive : la *manus* a longtemps survécu à l'introduction du divorce dans les mœurs romaines, au scandale des répudiations signifiées sans motif par un époux à son conjoint; chose impossible, si la loi n'avait permis à la femme qui acceptait la *manus*, de ressaisir, le

Digitized by Google

cas échéant, par l'action *rei uxoriæ,* les droits dont elle s'était dépouillée au profit de son époux.

Il nous reste maintenant à dire quels biens pouvaient entrer en ligne de compte dans l'évaluation du juge saisi de la demande de la femme. A cet égard les développements qui précèdent excluent évidemment toute distinction. Le juge, investi d'un pouvoir absolu, s'inspirait très certainement, pour la fixation du droit de la femme, et de la valeur des biens advenus au mari par l'effet immédiat de la *conventio in manum,* et du chiffre des acquisitions réalisées postérieurement par l'épouse au profit du mari (1), pourvu toutefois qu'en l'absence de la *manus* elles fussent venues grossir son patrimoine à elle-même, et du montant des donations faites au mari à l'occasion de son union, par le futur beau-père ou par un tiers qui aurait entendu réellement ne gratifier que la femme. Parmi ces donations, les premières durent, à l'origine de l'action *rei uxoriæ,* en être l'élément le plus important. D'une part, en effet, au sixième siècle de Rome, la *manus* était très commune, et elle le demeura très longtemps encore. D'autre part, les femmes se mariant jeunes, devaient être presque toujours en la puissance de leur père : quelque pauvre qu'il fût, celui-ci se serait cru déshonoré s'il n'avait doté sa fille (2) ; or, la dot, quand elle précédait le mariage, comme cela arrivait sans doute ordinairement, ne pouvait être qu'une libéralité faite au mari, à cause du lien de puissance existant entre le père et la fille.

L'action *rei uxoriæ* ne resta pas toujours la seule mise à la disposition de la veuve et de la femme divorcée. Il s'en introduisit peu à peu une autre, l'*actio ex stipulatu* qui tendit à remplacer la première et finit par la supplanter complétement. Elle offrait en effet des avantages bien plus considérables ; elle était par exemple transmissible et exempte de toutes restrictions ou retenues. Mais il nous paraît hors de doute qu'elle ne put jamais appartenir à la femme qui s'était soumise à la *manus;* le droit en vertu duquel elle s'exerçait n'était plus un droit vague, indéterminé, exceptionnel, comme celui qui servait de fondement à l'action *rei uxoriæ;* c'était un droit parfaitement précis et certain, un véritable droit de créance, identique à celui qui naissait d'un prêt ordinaire, accom-

(1) V. Contrà : M. Ginoulhiac, p. 64.
(2) V. Plaute : Trinummus. act. III, sc. 1 et 2.

Digitized by Google

pagné de stipulation. Or, de la femme *in manu* à son mari, un pareil droit n'était pas possible.

§ 4. – Droits succesifs de la femme « in manu »

Par l'effet de la *manus* la femme, comme on l'a dit, sortait entièrement de la famille agnatique de son père pour entrer dans celle de son époux. Conséquemment elle perdait, vis-à-vis de la première, tous ses droits héréditaires, mais seulement ceux résultant du droit civil, car la *manus*, impuissante à briser les attaches de la parenté naturelle, laissait subsister toutes les prérogatives dérivant *jure prætorio* du seul titre de cognat. D'autre part, le droit civil lui-même offrait à l'épouse *in manu* une importante compensation ; elle acquiérait en effet dans sa nouvelle famille tous les droits d'une fille de son mari ; elle figurait parmi les *sui ac necessarii heredes* (G. II. 159), d'où : Nécessité pour le mari de l'instituer ou de l'exhéréder (Ulp. XXII. 14); faculté pour elle d'intenter la *querela inofficiosi testamenti* (G. II. 124); rupture enfin du testament du mari par l'agnation de la femme (Ulp. XXIII, 3).

Succédant à son mari en qualité de fille, la femme recueillait la totalité de ses biens, s'il ne laissait pas d'autre héritier sien ; une part virile dans le contraire. Elle succédait aussi à ses enfants, comme à des frères et sœurs, et ses enfants lui succédaient au même titre (G. III. 14).

Bien différente fut longtemps, sur ces divers points, la condition de la femme non soumise à la *manus ;* elle gardait, il est vrai, tous ses droits dans sa famille paternelle, mais elle n'en possédait pas plus sur le patrimoine de son mari, en cas de prédécès de celui-ci, qu'il n'en possédait lui-même sur le sien ; elle n'héritait point de ses enfants ; ils n'héritaient point d'elle; et cela jusqu'aux *bonorum possessiones* et aux lois impériales qui vinrent si tardivement modifier, dans le droit prétorien, puis dans le droit civil, la rigueur et l'injustice de cet état de choses.

§ 5. — Droit pour le mari de désigner un tuteur à sa femme « in manu ».

Le droit que conférait la *manus* au mari sur les biens de la femme se continuait, pour ainsi dire, après sa mort, par la faculté que lui reconnaissait la loi romaine, de choisir un tuteur à son épouse

Digitized by Google

devenue en même temps veuve et *sui juris*. Nous avons indiqué le vrai motif de la tutelle perpétuelle des femmes, à savoir le désir de conserver aux agnats les biens dont elles étaient propriétaires ; aussi était-ce en principe aux agnats héritiers présomptifs, et par suite aux propres enfants de la femme affranchie de la *manus* par le décès de son mari, que cette tutelle était déférée. Mais le mari pouvait à sa guise la confier à un citoyen quelconque, en vertu d'une prérogative commune aux deux puissances paternelle et maritale, un peu plus large toutefois vis-à-vis de lui : Il pouvait en effet conférer à son épouse l'*optio tutoris*, c'est-à dire la faculté de choisir elle-même son tuteur (G. I. 150 à 153) ; et il pouvait le faire avec plus ou moins d'étendue. Tantôt la femme n'était autorisée à désigner qu'un certain nombre de fois le citoyen qui lui prêterait son *auctoritas;* elle avait alors l'*angusta tutoris optio.* Tantôt son droit d'option était illimité, et rien ne s'opposait à ce qu'elle changeât de tuteur, au gré de ses intérêts ou de ses caprices ; elle possédait alors la *plena tutoris optio.* Cet usage marque certainement, dans l'histoire de la femme romaine, un pas considérable vers l'indépendance ; et il permis de supposer qu'il ne s'introduisit que peu à peu dans le droit. En donnant à sa femme pour tuteur un étranger, dépourvu de tout intérêt dans le contrôle qu'il était appelé à exercer, le mari lui assurait déjà une grande liberté ; en lui permettant de renouveler son option pour chacun de ses actes, il abolissait en quelque sorte la nécessité de l'*auctoritas.*

SECTION III

Situation réelle de la femme « in manu »

La situation de la femme *in manu,* comparée à celle de la femme dans le mariage libre, tant au point de vue de leur personne que de leur patrimoine, nous a révélé de nombreuses et profondes différences, surtout pour le cas où la femme, non soumise à la *manus,* se trouvait d'autre part affranchie de la puissance paternelle ; alors en effet, maîtresse de ses biens, à l'exception de ceux constitués en dot, maîtresse de sa personne, en ce sens que le mari n'avait sur elle qu'un pouvoir de correction assez limité, il semble qu'elle fût séparée de la femme *in manu* par toute la distance de l'esclavage à la liberté. A ne considérer que la surface des choses, on pourrait donc s'étonner qu'une femme eût jamais consenti à se soumettre à

Digitized by Google

la *manus* de son époux. La *manus* fut pourtant pendant une longue série de siècles, le droit commun dans le mariage. C'est que les mœurs avaient fait à l'épouse *in manu* une situation bien différente de celle qui paraît se dégager des textes des jurisconsultes (1). En dépit du rigorisme inflexible du droit, l'équité régnait en maîtresse. L'opinion de tous était pour chaque citoyen le levier de ses moindres actions, et puis il y avait le censeur, investi de la mission de réprimer par son blâme les fautes que la loi laissait impunies. Du juge au censeur il y avait sans doute la différence du droit à la morale; mais la morale alors était souveraine, et l'on aurait pu dire de la Rome primitive ce que Tacite plus tard disait des Germains : « Les bonnes mœurs ont là plus d'empire qu'ailleurs de bonnes lois. » (*De Mor. Germ.* 19.) Ces considérations laissent pressentir ce que dut être pendant longtemps la condition de la femme *in manu;* abdiquant toute indépendance, elle devenait par là plus recommandable aux yeux des Romains, plus digne d'égards de la part de tous, et le mari qui lui aurait témoigné plus de dureté que ses concitoyens n'en montraient à leurs femmes dans le mariage libre, se serait sûrement exposé à ce blâme public qui marquait le coupable d'une tâche si redoutée. Aussi l'on peut tenir pour certain que les textes d'historiens ou de littérateurs, qui nous dépeignent, sous des couleurs certes peu effrayantes, la situation de la femme romaine, à l'époque où la *manus* se trouvait en pleine vigueur, se rapportent bien plutôt aux femmes *in manu* qu'à celles non soumises à cette puissance. Citons à titre d'exemple quelques lignes de Columelle, où l'on rencontre le plus séduisant tableau du mariage, de la paix et de l'entente qui longtemps régnèrent entre deux époux : *Erat summa reverentia cum concordia et diligentia mixta, flagrabatque mulier pulcherrima diligentiæ æmulatione, studens negotia viri cura sua majora atque meliora reddere. Nihil conspiciebatur in domo dividuum, nihil quod aut maritus aut femina proprium esse juris sui diceret; sed in commune conspirabatur ab utroque, ut cum forensibus negotiis matronalis sedulitas industriæ rationem parem faceret. (De re rust. XII proœm.)*

---

(1) V. M. Gide : Condition privée de la femme, p. 108.

Digitized by Google

CHAPITRE III

Modes d'extinction de la « Manus »

Parmi les modes d'extinction de la *manus,* nous parlerons d'abord de ceux qui brisent en même temps le lien conjugal, puis de ceux qui dissolvent notre puissance, d'une manière particulière et directe.

SECTION I

Extinction de la « Manus » par la dissolution du mariage

Le mariage à Rome prenait fin de diverses manières : Par la mort de l'un des époux, par la *maxima* ou la *media,* et dans quelque cas par la *minima capitis deminutio* de l'un d'eux, par le divorce.

Quand la *manus,* pendant le mariage, se trouvait exercée, non point par le mari, mais par le père du mari, ou tout autre ascendant ayant sur lui la puissance paternelle, la rupture du lien matrimonial, par une cause quelconque survenue dans la personne du mari, n'entraînait certainement pas la cessation de la *manus;* du moins rien n'autorise à le penser. Il nous paraît même probable que l'ascendant en question ne pouvait être obligé à dissoudre cette puissance par un des modes spécialement imaginés à cet effet; sauf le cas de divorce, parce que la femme possédait alors, on va le voir, le droit d'y contraindre même son époux.

Supposons maintenant la *manus* exercée par celui-ci : La mort, la *maxima,* la *media* ou même la *minima capitis deminutio* y mettent en principe toutes fin. La mort fait disparaître l'un des

Digitized by Google

deux sujets du droit ; elle éteint donc forcément le droit lui-même. La *maxima* et la *media capitis deminutio* laissent subsister la personne physique des deux époux ; mais la *manus* n'en devient pas moins impossible, puisque l'un d'eux, en perdant soit la liberté, soit le droit de cité, cesse de pouvoir être le sujet actif ou passif de cette puissance.

La *maxima capitis deminutio* soulève cependant une question difficile à résoudre. Dans le cas où les deux époux ont été pris ensemble par l'ennemi et reviennent également ensemble à Rome, on sait que le mariage revit alors ; en vertu du *postliminium,* il est censé n'avoir pas été dissous (1); à bien plus forte raison en est-il de même de la *manus,* cela n'est pas contestable. Mais si l'on suppose que le mari seul a été fait prisonnier, le mariage est alors irrévocablement rompu, et le *postliminium* est impuissant à le faire revivre au retour du mari (2). Pourquoi ? Les jurisconsultes romains ne nous renseignent pas à ce sujet ; peut-être, comme l'ont avancé quelques interprètes, est-ce parce que le *postliminium* ne s'applique point aux *res facti,* aux droits qui ont besoin d'être soutenus par un fait actuel. Quoi qu'il en soit, la *manus* alors suit-elle le sort du mariage, ou, au contraire, est-elle susceptible de revivre, si le mari échappe à sa captivité ? La puissance paternelle dans le même cas revivrait ou plutôt serait censée n'avoir jamais été interrompue (§ 5. Inst. I. 12); or, l'identité de nature des deux droits nous semble commander une identité de solutions. En vain dirait-on que les Romains n'ont jamais admis la survivance de la *manus,* chez le mari, à la rupture du lien conjugal : ce serait là une pure ffirmation, démentie même par la nécessité de dissoudre, après divorce, la *manus* au moyen de formalités particulières. Que si d'ailleurs, au retour du captif, la femme se trouvait de nouveau mariée, ou refusait de rétablir la vie commune, elle pourrait sans doute, à cause de l'analogie parfaite de ces hypothèses avec celle d'un divorce, obliger son ancien époux à rompre le lien qui la rattachait encore à lui ; mais la *manus,* ayant jusqu'alors subsisté, donnerait à celui-ci toutes les acquisitions pécuniaires réalisées par la femme dans l'intervalle. Là, réside en effet l'intérêt de la question. Au surplus, elle recevait peut-être à Rome une autre

---

(1) ll. 25 et 12 § 4. D. XLIV, 15.
(2) ll. 8, 12 § 4 et 14 § 1, eod. tit.

Digitized by Google

solution; mais les textes, à notre connaissance, ne la révèlent point, et les principes nous paraissent commander celle que nous avons admise.

La *media capitis deminutio* ne donne lieu en notre matière à aucune difficulté. Si l'on a soutenu, sur la foi de divers textes, qu'elle ne met pas toujours fin aux justes noces, cette controverse, peu sérieuse du reste, est indifférente à notre sujet : la *manus*, dans tous les cas, est éteinte par la *media capitis deminutio*, puisque l'un des époux, par elle, perd sa qualité de citoyen romain.

Quant à la *minima capitis deminutio*, elle entraîne, comme on sait, la rupture du lien conjugal, toutes les fois qu'elle fait naître entre les époux une parenté civile formant obstacle au mariage, lors par exemple que le père du mari adopte la femme, ou le père de la femme le mari (l. 17. XXIII. 2). Cette dernière hypothèse est irréalisable quand la femme est *in manu :* sortie de la famille de son père, elle n'est plus, au regard du droit civil, la fille de celui-ci. Reste le premier cas : or, si la femme est adoptée par le père de son mari, la *manus* dans les mains de ce dernier fait place à la puissance paternelle, et par là se trouve manifestement éteinte.

Le dernier mode de dissolution du mariage à Rome était le divorce. Disons tout d'abord à ce sujet que le père, jusqu'à Antonin le Pieux (Paul. V. 6, § 15) et peut-être jusqu'à Marc-Aurèle (l. 5, C. V. 17), posséda le droit absolu d'imposer le divorce à son fils ou à sa fille, tant qu'il demeurait investi vis-à-vis d'eux de la *patria potestas*. Il est pourtant probable qu'il n'usa jamais de ce droit, avant que le divorce commençât à se répandre : les mœurs, qui commandaient aux époux l'indissolubilité de leur union, devaient à bien plus forte raison paralyser la toute puissance paternelle.

Le divorce paraît avoir existé de tout temps à Rome : d'après Cicéron (*Philipp.* II, 28), la loi des XII Tables en consacrait le principe, et l'inscription d'un fragment de Gaius (l. 43, D. XLVIII. 5) appuie l'autorité de ce renseignement. Mais, entre deux époux unis par le lien de la *manus*, le divorce était-il encore possible? A l'époque de Gaius, et dès longtemps avant lui, l'affirmative n'est pas douteuse ; cependant Aulu-Gelle nous apprend (X. 15, § 23) que le mariage du Flamine de Jupiter échappait à cette règle. Denys d'Halicarnasse affirme même (II. 25) qu'il en était ainsi, dans le principe, pour toute union célébrée par *confarreatio:* cela est peut-

Digitized by Google

être exact; en tous cas, avec l'introduction de la *diffareatio* qui paraît aussi fort ancienne, disparut cet état de choses, et comme il n'y eut pas de divorces à Rome avant le VIe siècle de sa fondation, la *manus* n'a probablement jamais en fait apporté d'obstacle à une répudiation, même à l'égard d'époux *confarreati* (1).

Dans les mains de la femme, pas plus que dans celles du mari, la faculté de répudiation ne nous semble, à aucune époque, avoir pu être paralysée par la puissance, pourtant étroite, à laquelle elle se trouvait soumise; nous avons eu l'occasion de justifier notre sentiment à ce sujet. Ainsi, d'après nous, que l'épouse ait eu dès l'origine la liberté de répudier son mari, qu'elle ne l'ait acquise que postérieurement, comme l'affirme Plutarque (Romulus. 22), il nous paraît certain que jamais il n'y a eu de différence sur ce point, entre les femmes soumises et celles non soumises à la *manus*. Pour l'époque de Gaius, la question se trouve résolue par un texte formel (I. 137, a) dont le sens général, depuis la révision de M. Studemund, n'est plus guère contestable. Comparant les deux sortes de *manus* en usage de son temps, Gaius dit : « *Inter eam vero quæ cum viro suo coemptionnem fecerit, hoc interest quod illa quidem cogere coemptionatorem potest ut se remancipet cui ipsa velit; hæc autem virum suum nihilo magis potest cogere quam et filia patrem. Sed filia quidem nullo modo patrem potest cogere, etiamsi adoptiva sit : hæc autem, repudio misso, proinde compellere potest atque si ei nunquam nupta fuisset.* » La femme pouvait donc, en envoyant à son mari le *repudium*, l'obliger à se dessaisir de la *manus*, et il est aussi fort probable que la femme répudiée par son mari possédait toujours la même prérogative.

Le texte cité de Gaius prouve en outre que le divorce ne suffisait point à rompre le lien de la *manus*, qu'il fallait pour cela faire usage d'une formalité spéciale, et que cette formalité était la *remancipatio* dans le cas où la *manus* avait été constituée par *coemptio*. Nous allons voir que le même mode d'extinction s'appliquait aussi à la *manus* créée par *usus*, et que, pour celle dérivant de la *confarreatio*, il en existait un autre, la *diffareatio*.

(1) Cpr. M. de Fresquet : p. 162 et 163.

Digitized by Google

SECTION II

Extinction de la « Manus » par des modes particuliers

Deux modes à Rome servaient à dissoudre la *manus* d'une façon particulière et directe : la *remancipatio* et la *diffareatio.*

§ 1er. — Remancipatio.

La *remancipatio* consistait dans une mancipation ordinaire de la femme. Festus dit en effet (V° *Remancipatam)* : « *Remancipatam Gallus Aelius esse ait quæ mancipata sit ab eo cui in manum convenerit.* » Quand la *manus* s'était produite par *coemptio* ou par *usus,* il est certain que les époux n'avaient, pour y mettre fin, d'autre moyen que la *remancipatio;* car l'emploi du second mode d'extinction, la *diffareatio,* implique de toute évidence l'accomplissement des cérémonies du *farreum.*

La *remancipatio,* on vient de le voir, permettait à la femme de sortir, après divorce, des liens de la *manus;* mais elle avait incontestablement d'autres applications. C'est par elle que le mari pouvait, pendant le mariage, sans briser l'attache conjugale, donner son épouse en adoption à un autre citoyen, l'émanciper, en faire l'abandon noxal, toutes hypothèses rares sans doute, mais susceptibles de se produire, ainsi que nous l'avons démontré. Aucune d'elles ne présente de difficulté. Le mari voulait-il par exemple simplement émanciper la femme : à l'instar du père, il obligeait certainement, par un contrat de fiducie, le tiers auquel il la mancipait, à la lui retransférer, afin de l'affranchir lui-même, et d'acquérir par là sur elle les droits de tutelle et ceux plus importants de succession, qui appartenaient à tout *manumissor*. Quand la *remancipatio* suivait le divórce, à qui le mari mancipait-il la femme? Pouvait-il se réserver la faculté de l'affranchir? Gaius, dans le texte précédemment cité (I. 137, a), semble reconnaître, à la femme qui répudiait son mari, le droit d'exiger sa remancipation à un citoyen de son choix. En était-il de même, de quelque façon que le divorce eût été amené? En fut-il de même à toute époque? Il ne nous paraît guère possible de répondre à ces ques-

Digitized by Google

tions (1). Peut-être la femme dut-elle primitivement être remancipée aux agnats de son ancienne famille : ils auraient de la sorte retrouvé, en l'affranchissant, leurs droits de tutelle et de succession ; mais il n'existe sur ce point, à notre connaissance, pas le moindre renseignement.

§ 2. — Diffareatio.

Lorsque le mode employé pour produire la *manus* avait été la *confarreatio,* une contre-formalité tout analogue, la *diffareatio,* était seule capable d'en opérer la dissolution ; la religion devait être appelée à détruire le lien qu'elle avait formé. On ne possède que très peu de détails sur la *diffareatio.* Festus dit seulement (V° *Diffareatio*) que c'était une sorte de sacrifice, ainsi nommé à cause du pain de froment qui y figurait (2). On peut cependant en reconstituer, d'une manière assez probable, les lignes essentielles : les époux paraissaient sans doute une dernière fois devant le foyer domestique ; un prêtre et des témoins étaient présents ; on présentait aux premiers, comme le jour de leur mariage, un gâteau de fleur de farine qu'ils repoussaient, au lieu de le partager ensemble ; puis, en guise de prières, ils prononçaient, nous dit Plutarque (Quest. rom. 50), des formules étranges, haineuses, effrayantes, comme une malédiction par laquelle la femme renonçait aux dieux et au culte du mari ; dès lors le lien religieux était rompu, la *manus* l'était avec lui.

La *diffareatio* ne fut certainement jamais à Rome d'un usage fréquent : lors en effet que les divorces commencèrent à se répandre, la *confarreatio* déjà déclinait et marcha rapidement à une disparition presque complète. Ce mode d'extinction de la *manus* put-il jamais, comme la *remancipatio,* être mis en œuvre hors le cas de divorce, pour émanciper la femme par exemple, ou la donner en adoption ? Le caractère de la cérémonie nous paraît décider la question négativement, mais le silence absolu des textes du droit et de la littérature romaine, en la matière, ne permet de presque rien affirmer avec certitude.

Il serait même difficile de dire quel était exactement l'effet de la *diffareatio* sur la condition de la femme ; devenait-elle *sui juris ?*

(1) V. Hase, op. cit., p. 107 et s.

(2) V. aussi : Orelli, Inscriptiones latinæ, 2648.

Digitized by Google

Rentrait-elle au contraire sous la puissance de son père ou sous la tutelle de ses agnats ? La première alternative nous paraît plus admissible ; mais à qui revenait alors sa tutelle ? En réalité le voile, qui recouvre toutes ces questions, n'en laisse point entrevoir la solution ; et peut-être, au lieu de forger des hypothèses même vraisemblables, vaut-il mieux se résigner à ignorer ce que les données actuelles de la science ne nous permettent absolument pas de découvrir.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE IV

Historique de la « Manus »

La coexistence des deux formes de l'union conjugale à Rome, du mariage avec *manus* et du mariage libre, est incontestable à partir de la loi des XII Tables, c'est-à-dire dès l'année 303 de sa fondation, 450 avant Jésus-Christ. Gaius ne laisse en effet aucun doute sur ce point : les XII Tables, nous dit-il (I. 111), réglèrent les conditions sous lesquelles la femme pourrait éviter l'*usus,* se soustraire par conséquent à la *manus;* et Aulu-Gelle (III. 2) appuie cette affirmation. Mais auparavant en était-il de même ? Le mariage alors, revêtait-il aussi deux formes ou une seule, et s'il n'en revêtait qu'une, laquelle était-ce ? L'on ne possède à cet égard, il faut le reconnaître, aucun document précis. La question offre pourtant un intérêt trop considérable pour qu'il soit permis de la négliger ; et d'ailleurs il nous semble possible, avec ce que l'on sait des premières années de Rome, de la résoudre au moins d'une manière très probable. Le droit d'un pays n'a point sa source dans le caprice ni le hasard, mais dans le caractère, les mœurs, l'état politique de ses habitants ; ainsi en est-il surtout du mariage et des institutions qui s'y rattachent. On peut donc, en s'aidant des lumières de l'histoire, et aussi des notions que les récits des voyageurs nous fournissent, sur le mariage à la naissance des civilisations, espérer de dissiper les ténèbres dont les origines de la *manus* sont entourées.

SECTION I

Universalité de la « Manus » à l'origine

Selon nous, à ses débuts, le peuple romain n'a connu que le ma-

Digitized by Google

riage avec *manus* (1) ; le mariage libre n'est survenu que plus tard, et les deux ordres de la cité, le patriciat et la plèbe, n'ont pratiqué longtemps que le premier. D'autres systèmes ont été soutenus ; voyons d'abord les principaux d'entre eux.

D'après quelques auteurs, la *manus,* primitivement, n'aurait existé que pour les plébéiens : ne semble-t-il pas en effet, disent-ils, que l'origine en doive être rapportée à l'enlèvement des sabines par la plèbe ? Les patriciens, déjà riches sans doute, ne manquaient probablement pas de femmes ; les plébéiens seuls n'en trouvaient pas, et pour eux on eut besoin de recourir à la force. Les femmes ainsi conquises furent naturellement traitées comme des esclaves : de là naquit la *manus,* que les patriciens ensuite empruntèrent à la plèbe (2). — Ce système ne nous arrêtera pas longtemps. L'invraisemblance en est manifeste, et il ne heurte pas seulement la raison, mais encore le peu de détails que l'on possède sur l'enlèvement des sabines : Tite-Live, au cours de son récit, ne dit-il pas : *Quasdam forma excellente primoribus patrum destinatas ex plebe homines, quibus datum erat negocium, domibus referebant ?* Et puis est-il admissible que les patriciens, si fiers, si désireux de se distinguer en tout de la plèbe, l'aient copiée sur un seul point ? Qu'ils aient, à une époque donnée, inventé la *confarreatio,* cette cérémonie que l'on retrouve dans les plus antiques législations, qui semble si bien être le produit d'une commune et lointaine origine ? C'est pourtant à cela qu'il faut se résoudre, à moins d'admettre que la *confarreatio* ait anciennement servi à produire le mariage sans *manus,* à l'inverse de ce qu'enseignent tous les documents où il est en question.

Dans un autre système beaucoup plus vraisemblable, on soutient que la *manus,* à l'origine, a dû être le monopole exclusif du patriciat (V. Hase p. 9 et s.). Si l'on en croit en effet Denys d'Halicarnasse (II. 25), le mariage institué par Romulus se célébrait toujours par *confarreatio.* Et cela, dit-on, est confirmé par la différence politique des deux ordres, des patriciens et de la plèbe : le peuple romain, à son berceau, était presque formé de deux peuples distincts : les patriciens seuls composaient les collèges des prêtres, seuls accomplissaient les cérémonies religieuses, seuls occupaient tous les emplois de l'État, seuls étaient citoyens. Le droit, unique-

---

(1) V. M. de Fresquet, op. cit., p. 141 et s.
(2) V. Guérard, Histoire du Droit privé des Romains, p. 187.

Digitized by Google

ment créé pour eux, n'existait pour personne, en dehors de leur caste privilégiée. Plus tard, quand la plèbe commença à s'élever à la possession des droits civils, apparut une deuxième forme du mariage : ce fut le mariage libre. Enfin les conquêtes de la plèbe se poursuivant, la *manus* lui devint accessible, et, pour ne point partager avec elle les cérémonies religieuses du *farreum,* les patriciens créèrent un mode nouveau d'acquisition de la *manus,* la *coemptio,* plus tard encore l'*usus.*

Ce système, comme on le voit, repose entièrement sur un fait qui, loin d'être démontré, nous paraît au contraire très discutable. Les plébéiens étaient, dit-on, à l'origine, complétement hors du droit : nous n'acceptons pas cette proposition. Et d'abord d'où est née la division de la cité en patriciat et plèbe ? On l'attribue assez généralement à l'asile ouvert sous Romulus ou ses successeurs dans la ville déjà fondée. Issue de la fusion des trois races latine, sabine et étrusque, organisée par les soins de la dernière, race extrêmement éclairée, civilisée, religieuse, Rome ouvrit un asile. Cette idée, que rappellent les plus vieux documents de l'histoire romaine, n'était pas nouvelle : Thèbes et Athènes semblent avoir ainsi pris naissance. Et en effet, quoi de plus naturel, à une époque barbare, que de réunir dans une même cité les faibles, les opprimés, les mécontents, ceux qui, pour une cause quelconque, ont besoin ou désir de quitter le sol où ils ont vécu jusque-là ? Alors il arriva de toutes les parties de l'Italie à Rome des fugitifs, des pâtres, d'insolvables débiteurs, des esclaves : la plupart devinrent les clients des premiers habitants, un petit nombre sans doute demeurèrent indépendants, tous formèrent la *plebs.* Cette explication paraît au premier abord favorable à la thèse que nous combattons ; elle ne l'est point. La plèbe, ainsi formée, et certainement accrue tous les jours par l'émigration des bourgs voisins, participait au droit de la cité (1) : car comment espérer une affluence considérable d'étrangers, en ne leur offrant qu'un asile matériel et point la protection des lois ? Qu'auraient pu attendre ces étrangers dans une ville où, perdus à l'origine, au milieu de la foule des patriciens, ils n'auraient même pas eu cette suprême sauvegarde, parfois encore fort insuffisante ? Et leurs biens, les biens acquis par leur travail et leur intelligence,

---

(1) Cpr. de Beaufort : la Rép. rom. liv. II, ch. III ; M. Mommsenn, Hist. rom., t. I, p. 84.

Digitized by Google

ceux aussi apportés par quelques-uns d'entre eux, ils seraient allés à leur mort au patron ou à l'État, en l'absence de toute parenté légitime ? Ils auraient été tout au moins à la disposition, et leurs propriétaires à la merci des patriciens ! De pareilles conditions eussent tenté peu d'individus, en eussent peu sollicité à l'émigration. Qu'importait d'ailleurs à la caste patricienne de donner à la plèbe la participation au droit, pourvu qu'elle se réservât ce qui seul lui importait, la connaissance de la loi, la procédure, le monopole des fonctions politiques ou religieuses ? A tout cela vient se joindre une considération puissante : nul auteur ancien ne mentionne la différence pourtant capitale, qui aurait séparé dans le principe les patriciens des plébéiens ; nul document ne nous révèle l'instant où la plèbe serait parvenue à la possession des droits civils primordiaux, essentiels, et notamment de la *manus*. De là il nous semble résulter que celle-ci, à toute époque, a été au moins accessible aux plébéiens. Mais il faut aller plus loin et décider que, pour eux comme pour les patriciens, aux commencements de Rome, la *manus* a dû être la suite obligée, inévitable du mariage.

En abordant cette démonstration, nous reconnaîtrons qu'il existe, en ce qui concerne les patriciens, une raison puissante, étrangère à la plèbe. Dans les familles patriciennes, la religion du foyer, le culte des ancêtres resserraient étroitement le lien unissant les membres de chacune d'elles à son chef. Toutes possédaient en effet un autel, et sur cet autel on voyait un peu de cendre avec des charbons allumés, symbole de l'âme immatérielle des aïeux : ceux-ci étaient la providence de la maison, ses divinités tutélaires, puissances surhumaines et mystérieuses qui, en échange d'honneurs et de sacrifices, veillaient sur leurs descendants, leur prêtaient aide et protection dans les difficultés de la vie. Or un caractère tout particulier de la religion domestique était de n'appartenir jamais qu'à une seule famille ; on ne pouvait invoquer en même temps deux foyers, deux séries d'ancêtres. En se mariant, une femme ne pouvait donc continuer à servir les lares de son père, et adorer à la fois ceux de son mari. D'un autre côté, perpétuellement en contact avec son époux, elle ne pouvait pas ne point l'assister dans ses rites, dans ses prières ; l'on sait du reste que l'entretien du foyer sacré était confié à ses soins. Mais si le mari l'admettait à partager avec lui de pareilles cérémonies, c'est qu'elle n'était pas entrée dans sa famille, comme une étrangère, uniquement appelée à lui donner des enfants ; c'est qu'elle était soumise à son autorité, englobée dans

Digitized by Google

le cercle étroit de sa puissance, et par là digne d'accomplir les *sacra* dont il était si jaloux (1).

Les plébéiens à l'origine ne paraissent pas avoir eu de culte privé; relativement à eux, l'argument nous échappe donc, mais il reste, à l'appui de notre opinion, un nombre, selon nous très suffisant, de considérations communes aux deux ordres de la cité.

Chacun sait que tous les peuples en quittant la vie nomade, pour se fixer sur une terre quelconque, la cultiver et y mourir, sont passés par l'état patriarcal. Dans cette période la famille se trouve fortement constituée, l'autorité du chef est sans limites sur tous les membres qui la composent; la femme, en se mariant, sort entièrement de la famille de son père pour appartenir à celle de son époux, et se soumettre à un pouvoir aussi absolu, de la part de celui-ci, que le pouvoir paternel. Or le peuple romain à son origine offre précisément les caractères d'un peuple qui traverse l'état patriarcal; la preuve en est dans le droit absolu du père sur ses enfants. Chaque famille formait alors dans Rome un petit corps nettement délimité, dont le chef nous apparaît investi d'une sorte de royauté. La *manus* s'accorde donc parfaitement avec la vieille organisation romaine : ne serait-il pas fort étrange que la femme, constamment en présence de ce maître devant qui tout tremblait dans la maison, eût échappé à sa volonté souveraine ? Que, contrairement à ce que l'on sait des peuples où la famille est constituée sur le même modèle, la femme, malgré son mariage, fût restée en la puissance de son père, et eût été presque entièrement soustraite à l'autorité de son époux?

L'on remarquera en outre que, depuis le moment où commencent les données certaines de l'histoire, la condition de la femme romaine n'a cessé de suivre un progrès constant vers une émancipation définitive : n'est-il pas bien probable que ce progrès a pris naissance au jour même de la fondation de Rome ?

Et les modes de constitution de la *manus*, ne révèlent-ils pas l'antiquité de son origine ? La *confarreatio*, cérémonie particulièrement religieuse, et la *coemptio*, vente de la femme, ne sont-elles pas les deux formalités, par lesquelles on voit se nouer le lien conjugal dans les plus anciennes législations (2) ?

---

(1) V. M. Fustel de Coulanges, passim.

(2) V. M. Gide : op. cit. p. 126, n. 1. — Kœnigswarter : op. cit., p. 145.

Digitized by Google

Enfin, à l'époque même des XII Tables, la *manus* était considérée comme une suite naturelle du mariage, à preuve la nécessité de l'*usurpatio trinoctii* pour y échapper : or si, au bout de trois siècles, la *manus* était encore le droit commun dans le mariage, ne devait-elle pas être à l'origine un fait nécessaire, universel?

Toutes ces considérations communes aux patriciens et aux plébéiens établissent, à notre avis, avec une grande force, vis-à-vis des uns et des autres, la généralité de la *manus* dans les commencements de Rome. Les patriciens célébraient leur mariage par la *confarreatio*, les plébéiens par la *coemptio*. Celle-ci était probablement le mode ordinaire des races de l'Italie, et si les patriciens l'avaient abandonnée, c'est sans doute sous l'influence des Étrusques (1), noyau de leur caste, dont l'éducation politique et religieuse était extraordinairement développée.

Cela posé, comment a pu s'introduire le mariage libre? Et d'abord comment l'expliquent les deux systèmes que nous avons exposés et combattus? Nous l'avons déjà dit : le premier, attribuant à la *manus* un origine plébéienne, élève par là le mariage libre à la hauteur d'une institution patricienne. Le second y voit la première étape des conquêtes de la plèbe dans le domaine du droit civil. Ces deux hypothèses nous paraissent également invraisemblables. Nos motifs ont été indiqués; relativement à la seconde, nous avouerons ne point du tout comprendre dans quel but les patriciens, admettant la plèbe aux justes noces, lui auraient refusé la *manus*.

Dans notre opinion, diverses explications ont été proposées : au dire des uns, le mariage libre serait une innovation des décemvirs (2). — Mais les décemvirs n'innovèrent probablement pas; ils n'avaient pas été nommés pour cela, et ils durent se contenter d'ériger en textes précis les lois et coutumes existantes. D'autres ont cru découvrir dans le mariage libre un emprunt aux lois athéniennes de Solon (3). — Nous avons montré, à la fin de notre introduction, combien est douteuse l'authenticité de cet emprunt.

M. Gide nous semble avoir émis sur ce point une hypothèse

(1) V. M. Ginoulhiac, p. 57.
(2) V. Volowsky : de la Société conjugale, revue de lég. t. XLIV, p. 15.
(3) V. M. Ginoulhiac, p. 86.

Digitized by Google

très vraisemblable (1). Lorsque la femme était *sui juris,* les agnats auxquels appartenait sa tutelle « devaient être peu disposés, dit-il, (p. 126 et 127) à consentir à un mariage qui les dépouillait de leurs droits, et sans leur aveu le mariage était impossible. Aurait-on pu les forcer à sacrifier leurs droits? Mais ces droits étaient sacrés : gardiens des intérêts de la famille, c'était pour eux un devoir d'empêcher que le patrimoine de leurs ancêtres ne passât à des étrangers. Pour donner satisfaction à tous ces besoins contradictoires, il fallut bouleverser les anciens principes : il fallut séparer deux choses qui avaient paru d'abord inséparables, le mariage et la *manus,* c'est-à-dire le changement de famille. A côté du mariage antique, aux formes solennelles, on imagina un mariage nouveau qui se contractait par le simple consentement et laissait la femme dans sa famille, sous la tutelle de ses agnats. » L'assistance de ceux-ci resta nécessaire pour la *manus,* mais il devint inutile pour le mariage pur et simple. La première partie de cette proposition a été ci-dessus établie ; la deuxième, en ce qui concerne la tutelle légitime du patron, résulte du serment par lequel l'affranchie s'engageait à ne point se marier malgré lui (2) : si elle n'avait pu se marier qu'avec son assentiment, cet usage abrogé par la loi Œlia Sentia aurait été superflu, et ne se serait pas introduit. Quant à la tutelle des agnats, comme elle a disparu plus tôt que celle du patron, nous ne possédons pas de témoignage précis ; mais l'identité des deux institutions dans leur principe et leur but ne laisse point de place au doute.

Ainsi dut naître le mariage sans *manus :* une fois mis au jour, il se développa tout naturellement, et l'usage s'en étendit même aux femmes qui n'étaient point *sui juris,* aux femmes soumises lors de leur union à la puissance paternelle. Il favorisait, en effet, leur désir d'émancipation ; il leur permettait en tous cas de connaître le caractère, les qualités et les défauts du maître auquel il s'agissait pour elles de se donner *in manu.* La plupart des femmes *alieni iuris,* qui se marièrent alors sans *manus,* n'entendaient que retarder l'heure de cette puissance. Au bout d'un certain temps, elles accomplissaient les formalités de la *confarreatio* ou de la *coemptio;* car si l'homme n'était pas violent, irascible, brutal, la *manus*

---

(1) Cpr. M. de Fresquet ; p. 142.
(2) V. l. 6, §§ 3 et 4, D. XXXVII, 14 ; ll. 31 et 32, D. XL, 9.

Digitized by Google

leur offrait plus d'avantages que d'inconvénients : elle enlevait au père le droit de ravir la femme à son mari, elle créait entre ceux-ci, entre la mère et ses enfants des droits réciproques de succession. S'inspirant des dispositions communes des époux, désireux aussi de favoriser l'acquisition de la *manus*, la loi supprima la nécessité des formes jusque-là indispensables pour produire cette puissance, et créa l'*usus*. Ce nouveau mode répondait à un besoin des mœurs, et il était, en outre, naturellement indiqué, suggéré par l'existence de la *coemptio* : la femme, considérée comme pouvant être l'objet d'une sorte de propriété, et susceptible de mancipation, devait être par là susceptible aussi d'usucapion ; l'*usus* était, à vrai dire, virtuellement renfermé dans la *coemptio*.

Alors se trouvèrent constitués les trois modes d'acquisition de la *manus* : une longue carrière s'ouvrait encore devant elle, mais avec la création du mariage libre, elle avait reçu une blessure dont on pouvait déjà prévoir le résultat : elle était tôt ou tard condamnée à disparaître.

SECTION II

Dégénérescence de la « Manus. » — « Manus » fiduciaire

Les divers modes d'acquisition de la *manus* ne soutinrent pas tous, avec un égal succès, la lutte contre le progrès des mœurs et l'envahissement des idées nouvelles. En traitant de chacun d'eux d'une manière spéciale, nous avons indiqué le moment de leur disparition. Nous avons vu que l'*usus* fut le premier abandonné : à l'époque de Gaius il n'était plus qu'un souvenir. La *confarreatio* gardait alors quelques restes de vie ; mais, en réalité, la *coemptio* seule appartenait encore à la pratique. L'une et l'autre ont probablement accompagné la *manus* jusqu'à sa chute définitive.

Quelles furent donc les causes puissantes, sous l'influence desquelles notre institution perdit tous les jours un peu de terrain, et finit par s'effacer entièrement de la scène juridique ? Ces causes furent très diverses :

D'abord la ruine de la vieille autorité souveraine du chef de famille, le désir secret et inné d'indépendance chez la femme.

Puis l'introduction de la dot, l'organisation du régime dotal : la femme *in manu* pouvait exercer, nous l'avons montré, l'action *rei*

Digitized by Google

uxoriæ, mais les autres garanties successivement ajoutées à celle-là lui restaient étrangères, l'action *ex stipulatu* par exemple, la défense portée contre le mari d'aliéner ou d'hypothéquer le fonds dotal. Or ces garanties, précieuses à toute époque, le devinrent tous les jours davantage, à mesure que la femme se trouva plus exposée à un brusque divorce, de la part de son époux.

D'autres progrès législatifs contribuèrent au même résultat. Longtemps en effet, la *manus* offrit à la femme qui s'y soumettait un avantage considérable ; elle créait entre elle et le mari, entre elle et ses enfants un droit réciproque de succession. A ce point de vue, la condition de la femme dans le mariage libre était, nous l'avons dit, notablement inférieure ; mais avec les améliorations successives du droit prétorien et du droit civil, avec les *bonorum possessiones « unde vir et uxor »* et *« unde cognati »,* avec les sénatus-consultes Tertullien et Orphitien, portés sous Adrien et Marc Aurèle, disparut cette utilité de la *manus,* l'un des fondements principaux de l'institution.

Le déclin des antiques croyances, des vieux *sacra privata,* la diffusion et le triomphe du Christianisme eurent aussi une grande part à sa chute. En ce qui concerne la *confarreatio,* il n'est pas besoin de démonstration ; mais la *coemptio* elle-même, quoique n'impliquant aucune croyance païenne, dut cependant en souffrir : « A mesure, dit Troplong (Infl. du Christ, part. II, ch. X), que le nombre des chrétiens devenait plus considérable, les mariages se célébraient de plus en plus avec les cérémonies du nouveau culte, et dès l'instant que la religion les avait revêtus de son sceau, on aurait cru douter de la plénitude de sa puissance, si on y avait ajouté les formules de la *coemptio,* fortement soupçonnées de paganisme. »

Les deux causes principales de la disparition de la *manus* furent sans contredit la fréquence du divorce et le débordement des mœurs. La *manus* étant, en effet, la mise en commun la plus entière des biens des deux époux, la confusion la plus absolue de leurs patrimoines, supposait l'irrévocabilité du mariage. Lorsque par la multiplicité des divorces, celui-ci se trouva n'être plus qu'une union temporaire, à cette union d'un nouveau genre il fallut un nouveau régime de biens : lorque les femmes, au dire de Sénèque, ne comptèrent plus leurs années par le nombre des consuls, mais par le nombre de leurs maris, la *manus* devint évidemment chose surannée, hors d'usage. Celles-là mêmes, qui se croyaient sûres de

Digitized by Google

la constance de leur affection, ne pouvaient abandonner leur patrimoine à la libre disposition d'un époux qui, peut-être, au bout de quelques mois de mariage, les congédierait, sans leur faire dire par ses esclaves autre chose que le singulier compliment d'un certain Publilius, rapporté dans Juvénal (sat. X) : « Femme vous mouchez trop. Partez au plus vite : nous attendons un nez moins humide que le vôtre. »

Au surplus, dès la fin de la République, c'était le petit nombre des femmes qui gardaient, avec la pudeur de leur sexe, les mœurs et la fidélité de l'épouse romaine en des jours plus éloignés. La plupart ne rêvaient que luxe, plaisirs, indépendance ; toutes choses ennemies d'un régime, qui ne leur laissait la disposition d'aucune partie de leur fortune. Avec le système dotal, au contraire, les femmes étaient en fait maîtresses de leur patrimoine entier : elles pouvaient à chaque instant, par un brusque divorce, en exiger la restitution ; et le mari alors devait dire plus d'une fois, avec une parfaite conviction, ce qui sans doute, à l'époque de Plaute, était un peu exagéré :

Argentum accepi, dote imperium vendidi (1).
Nam quæ indotata'st, ea in potestate est viri;
Dotatæ mactant et malo et damno viros (2).

En vain les lois essayèrent-elles d'arrêter le débordement des mœurs ; en vain les lois Cincia et Voconia vinrent-elles diminuer pour les femmes les moyens de s'enrichir ; en vain la loi Oppia et d'autres lois somptuaires élevèrent-elles une barrière à leur luxe toujours croissant; en vain les lois Julia et Papia Poppœa cherchèrent-elles à réprimer le désordre et le scandale par des pénalités civiles ; en vain diverses autres dispositions législatives, et notamment le sénatus-consulte velléien restreignirent-ils la capacité de la femme. La corruption était au cœur de la société romaine ; pour l'en extirper, il ne pouvait suffire des efforts courageux de quelques hommes. La religion nouvelle qui venait apporter au monde ses doctrines régénératrices, n'y eût elle-même peut-être pas complétement réussi : à cette race énervée, épuisée, il fallait l'infusion d'un sang nouveau que les Barbares bientôt lui fournirent.

Telles furent les causes qui, tous les jours plus puissantes, réduisi-

(1) Plaute : Asinaria, act. I, sc. 1.
(2) Plaute : Aulularia, act. III, sc. 5.

Digitized by Google

rent peu à peu le domaine de la *manus*. Il est permis de croire qu'elle s'achemina lentement vers une ruine définitive, sans traverser aucun de ces évènements imprévus, dans lesquels s'abîment parfois tout d'un coup les plus vieilles institutions.

Mais avant de disparaître, elle devait, sous l'effort des jurisconsultes, subir une grave transformation. Cette *manus* qui, à l'origine, était l'un des fondements de la famille patriarcale, devait, selon la remarque de M. Gide, servir, sous l'empire des mœurs nouvelles, à consommer la chute des pouvoirs domestiques et l'affranchissement de la femme. C'est que les jurisconsultes, ne pouvant substituer leur autorité à celle du législateur, cherchaient dans les institutions existantes le moyen d'éluder telle ou telle règle du droit civil, devenue importune, de réaliser tel ou tel progrès sollicité, imposé par les mœurs. Ils avaient fait usage de la mancipation du fils et de la fille de famille, pour permettre au père de les émanciper, de les donner en adoption ; la *manus* leur parut un moyen commode, pour éliminer diverses rigueurs de la loi, tout en feignant d'y satisfaire. La femme jusqu'alors ne s'était jamais soumise qu'à la *manus* de son époux, et en raison de son mariage : ils admirent qu'elle pourrait tomber sous la *manus* d'un citoyen quelconque, et seulement pour la forme ; cette nouvelle *manus* s'appela *manus fiduciæ causa,* parce qu'il intervenait dans l'opération un double contrat de fiducie.

Les discussions d'abord soulevées à son sujet, parmi les auteurs, ont fini par s'apaiser presque complétement; il serait superflu de les rappeler. Nous nous contenterons donc d'indiquer les points encore ouverts à la controverse, en même temps que le mécanisme de l'institution. Ce mécanisme, dans les diverses hypothèses où l'on en fit emploi, était parfaitement identique : la *manus* fiduciaire se créait toujours par *coemptio,* et ne pouvait s'établir que sur une femme *sui juris ;* le citoyen qui recevait la *coemptio* s'engageait, par un contrat de fiducie, à manciper la femme à un deuxième qui, lui-même, en vertu d'un autre contrat de fiducie, promettait de l'affranchir *vindicta ;* le premier lui restituait alors ses biens, en exécution du premier contrat ; l'opération dès ce moment était achevée, le but poursuivi était atteint.

La *manus fiduciæ causa* reçut trois applications seulement ; l'on n'en connaît du moins que trois : deux par Gaius, la troisième par Cicéron qui mentionne aussi, mais par simple allusion, l'une des deux autres.

Digitized by Google

I. — *Coemptio tutelæ evitandæ causa* (G. I. 115. — Cic. *Pro Mur.* 12). — A partir d'une date indécise mais sûrement fort antérieure à Cicéron, la femme pourvue d'un tuteur fiduciaire, c'est-à-dire celle qui avait été mancipée à un tiers et affranchie par lui, se trouva dans une indépendance de fait presque absolue, parce que ce tiers était ordinairement un tuteur complaisant, et que le préteur pouvait sans doute aussi en toute occasion lui imposer le devoir de fournir son *auctoritas.* Elle était par là dans une condition bien supérieure à celle de la femme sur qui pesait une autre tutelle, du moins une tutelle légitime; car à l'époque même de Gaius, — nous ne sommes exactement renseignés que pour cette époque, — la femme soumise à une pareille tutelle ne pouvait faire un acte important sans l'approbation, à peu près libre, de son tuteur (G. I. 190-192). Il y avait donc, tout au moins pour la femme qui subissait une tutelle légitime, un grand intérêt à passer sous l'autorité d'un tuteur fiduciaire : la *manus* se prêta à cet échange. Que lui fallait-il en effet pour atteindre ce but? Se donner *in mancipio* à celui dont elle voulait faire son tuteur; par conséquent tomber, avec l'*auctoritas* de ses tuteurs actuels, en la *manus* d'un citoyen qui la manciperait au premier. C'est le moyen que l'on employa (I. 115).

On a demandé la raison de ce double mécanisme : pourquoi créer d'abord la *manus,* a-t-on dit, pour arriver au *mancipium?* La réponse nous paraît facile : Si la femme avait pu se placer tout d'un coup sous le *mancipium* d'un citoyen, les jurisconsultes n'eussent certainement pas songé à faire usage de la *manus;* il est donc manifeste que la femme n'avait point la faculté de se mettre *loco servi,* que la puissance paternelle et la *manus* seules donnaient le droit de créer sur elle le *mancipium.* C'est d'ailleurs ce que suppose un texte d'Ulpien (XI. § 5).

Il est une difficulté plus sérieuse : les tuteurs qu'il s'agissait de remplacer, pouvaient-ils être contraints de fournir leur *auctoritas* à la *coemptio* de la femme, c'est-à-dire de se dessaisir de leur droit de tutelle? A l'époque de Gaius et dès avant lui, il ne saurait y avoir de doute pour tous tuteurs autres que les tuteurs légitimes (G. I. 190); l'*auctoritas* pouvait sans contredit leur être imposé. Mais relativement aux tuteurs légitimes, il nous semble que, même du temps de Gaius, la question doit être résolue négativement (1).

(1) V. M. Accarias, I, nº 121. — Contrà : Hase, p. 131 ; M. de Fresquet, p, 153.

Digitized by Google

Nombre d'auteurs admettent pourtant l'opinion contraire : Gaius, disent-ils, est formel en ce sens (I. 115) : *Si qua velit quos habet tutores reponere...* Et puis autrement, la *manus tutelæ evitandæ causa* eût été bien inutile, le tuteur légitime, qui consentait à se dépouiller de son droit, n'étant évidemment pas un tuteur importun. — Le texte de Gaius ne nous semble pas péremptoire ; il peut supposer chez le tuteur de la femme une volonté conforme à la sienne. C'est Gaius lui-même qui va nous fournir un argument décisif en la question : il déclare (I. 192) que, de son temps, la résistance des tuteurs légitimes était, en l'absence d'une raison majeure, invincible, insurmontable, pour des actes beaucoup moins graves que la *coemptio* de la femme. Or, il ne nous semble pas que le désir de supplanter ses tuteurs pût être aux yeux du magistrat, un de ces motifs supérieurs dont il était chargé d'apprécier le mérite. Remarquons enfin que, même dans notre opinion, la *manus* fiduciaire n'en devait pas moins être parfois fort utile à la femme, soit qu'elle fût soumise à une tutelle testamentaire, optive ou déjà fiduciaire, parce qu'alors l'assistance du tuteur dans la *coemptio* pouvait être forcée; soit même qu'elle se trouvât sous l'autorité d'un tuteur légitime : celui-ci en effet consentait-il à abdiquer ses pouvoirs, jusqu'à l'introduction de la *coemptio* fiduciaire une seule voie lui était ouverte, l'*in jure cessio ;* or, s'il mourait avant la femme, ou s'il venait à subir une *capitis deminutio,* le cessionnaire était aussitôt dessaisi, et la tutelle passait aux agnats les plus proches de la femme, comme s'il n'y avait pas eu de cession (G. I. 168 à 170). Le mécanisme de la *coemptio* offrait donc, même à la femme pourvue d'un tuteur légitime, un avantage marqué sur le vieux procédé de l'*in jure cessio.*

II. *Coemptio testamendi faciendi causa* (G. I. 115 a). — Autrefois, nous dit Gaius, les femmes, sauf un petit nombre d'exceptions, n'étaient admises à tester que si elles avaient fait la *coemptio,* puis avaient été remancipées et enfin affranchies. La raison probable de cette vieille prohibition nous paraît être la suivante : à l'origine, le testament se faisant *calatis comitiis* ou *in procinctu* (G. II. 101) était absolument inaccessible aux femmes. Plus tard, quand s'introduisit la forme *per æs et libram,* elles auraient pu en faire usage, mais l'on conserva presque en totalité l'ancienne rigueur, sans doute pour mieux assurer le respect des droits héréditaires des agnats et des gentils; en effet les affranchies, pour lesquelles n'existaient ni les uns ni les autres, reçurent la faculté de tester

Digitized by Google

avec l'*auctoritas* de leurs patrons (G. II. 43). Si cette raison est exacte, le même droit dut appartenir à toute femme qui n'avait ni agnats ni gentils, et par suite à celles qui avaient subi une *minima capitis deminutio;* cette conjecture pourrait être appuyée sur un texte de Cicéron (Top. 4), ainsi conçu : *Si ea mulier testamentum fecit quæ capite se nunquam deminuit, non videtur ex edicto prætoris secundum eas tabulas bonorum possessio dari.*

Quoi qu'il en soit, l'on trouva dans la *manus* fiduciaire le moyen de produire, chez une femme *sui juris,* une *capitis deminutio,* et en même temps de la mettre dans une condition fictivement analogue à celle de l'affranchie : elle tombait par *coemptio* en la *manus* d'un premier citoyen qui la mancipait à un autre, lequel l'affranchissait *vindicta,* et, patron complaisant, l'assistait dans la confection de son testament. Au surplus, cette deuxième application de la *coemptio fiduciæ causa* produisant, comme la première, un changement de tuteurs, tout ce que nous avons dit, sur la nécessité et la liberté de l'*auctoritas* du tuteur primitif de la femme, est également vrai pour les deux hypothèses.

A part les affranchies, les vestales (Aulu-Gelle I. 12, § 9), et probablement aussi, comme nous l'avons observé, les filles émancipées, aucune femme à Rome ne pouvait tester, sans avoir usé de la *coemptio* fiduciaire ; celle-ci dut donc être, lorsqu'elle s'introduisit, d'un emploi très pratique ; nous verrons que sous Adrien, elle perdit toute utilité.

III. — *Manus sacrorum interimendorum causa (Cic. pro Mur.* 12*).* On sait de quelle importance était, aux yeux des premiers Romains, l'observation des *sacra,* des sacrifices dus par chaque famille à ses dieux protecteurs : Tite-Live raconte (V. 46), que le jeune Fabius Dorso descendit du Capitole assiégé, et traversa l'armée gauloise, pour aller accomplir sur le Quirinal un sacrifice dû par la *gens Fabia.* Quand ces idées se furent affaiblies, et que les *sacra* furent devenus une charge incommode, on chercha à s'en défaire. La femme y réussit par la *coemptio.* Elle tombait sous la *manus* d'un vieillard pauvre ; tous ses biens étaient acquis à ce dernier, et avec eux passait sur sa tête l'obligation aux sacrifices. Il rendait à la femme sa liberté, en la remancipant à un autre citoyen qui l'affranchissait, et il lui restituait son patrimoine désormais exempt des *sacra.* Ceux-ci en effet demeuraient à la charge du vieillard ; la femme lui remettait les sommes nécessaires pour subvenir à leur accomplissement ; mais en raison de son grand âge, cela durait peu. A sa mort, comme

Digitized by Google

il ne possédait aucun bien, sa succession restait sans héritier ; les *sacra* étaient alors irrévocablement éteints.

Faut-il supposer, avec quelques commentateurs, que cette opération n'intervenait que dans le cas où une femme était appelée à une succession grevée de *sacra* coûteux, afin de les recueillir tout en s'exonérant de ces derniers ? Nous n'en voyons pas la raison, et Cicéron, dans le texte qui nous a révélé cette troisième application de la *coemptio fiduciæ causa*, ne fait point cette précision : *Sacra interire*, dit-il, *illi noluerunt; horum ingenio senes ad coemptiones faciendas, interimendorum sacrorum causa reperti sunt.*

Voyons maintenant les conséquences immédiates de la *manus* fiduciaire. Lorsque le *coemptionator* était le mari, elle produisait jusqu'à la *remancipatio* tous les effets de la *manus matrimonii causa ;* la femme était par suite considérée comme la fille de son mari (G. I. 115 b.). Lors au contraire que le *coemptionator* était un étranger, la femme n'était point *loco filiæ* vis-à-vis de lui, cela est certain (G. I. 115 b. 118). Est-ce à dire que la *coemptio* ne produisît pas alors une *minima capitis deminutio?* Rien ne le prouve (1) : S'il était nécessaire, dans chacune des trois hypothèses où elle intervenait, d'une *remancipatio* de la femme, c'est qu'il n'y avait pas d'autre moyen, pour dissoudre la *manus* à laquelle elle se trouvait soumise. La *remancipatio* n'avait donc en aucun cas pour but exprès d'opérer une *capitis deminutio* ; celle-ci était déjà réalisée, et avec elle s'étaient produites toutes les conséquences pécunaires d'une *coemptio* sérieuse, conséquences auxquelles on remédiait à l'aide des actions fictices prétoriennes, dont nous avons parlé en traitant de la vraie *manus.*

Quel est donc le sens exact des textes où Gaius déclare que la femme, à l'égard d'un étranger *coemptionator*, n'était point *loco filiæ?*

Ces textes font certainement allusion d'abord aux suites toute différentes des deux *manus,* relativement à la personne de la femme ; il nous semble en effet incontestable que le *coemptionator extraneus* n'avait point, comme le mari, sur la femme, les prérogatives de la puissance paternelle. Il nous paraît également vraisemblable que la *manus* fiduciaire ne créait point, entre ce *coemptionator* et la femme, les droits réciproques de succession dérivant de la *manus* entre époux. Gaius visait encore sans doute cette différence.

---

(1) Cpr. M. de Fresquet, p. 161.

Digitized by Google

Les trois applications de la *coemptio fiduciæ causa* ne durent pas s'introduire en même temps dans le droit romain. Il est impossible d'assigner une date précise à la naissance de chacune d'elles ; mais elles ne survinrent probablement que fort tard, car elles tendaient à renverser trois règles fondamentales de l'ancien droit. Cicéron parle de la *coemptio tutelæ evitandæ causa* et de la *coemptio sacrorum interimendorum causa,* comme d'institutions en pleine vigueur, de son temps *(Pro. Mur.* 12). Gaius seul nous a révélé la *coemptio testamenti faciendi causa,* et il ne relate que l'époque de sa disparition, le règne d'Adrien (I. 115 a) ; il nous apprend en effet que, sous ce prince, un sénatus-consulte accorda à toutes les femmes sans exception le droit de tester. Les deux autres applications de la *manus* fiduciaire survécurent à celle-là, mais la fin en est aussi incertaine que le commencement ; l'une ne put s'éteindre qu'avec l'obligation des Romains aux *sacra,* c'est-à-dire avec leur vieille organisation religieuse ; l'autre fut emportée avec les derniers restes de la tutelle perpétuelle des femmes, aux environs du règne de Constantin, au début du quatrième siècle de notre ère.

Quant à la *manus matrimonii causa,* la vraie *manus,* elle se perdit sans doute plutôt encore dans le flot débordant des institutions et des mœurs nouvelles. Papinien *(Coll. leg. mos.* IV. 7) et Ulpien *(Reg.* IX), parmi les jurisconsultes, sont les derniers qui la mentionnent ; vieillie, délaissée, elle dut, vers le troisième siècle de l'ère chrétienne, achever sans bruit sa carrière. Elle avait vécu mille ans, régné plusieurs siècles. Sa chute progressive ne fut pas seulement l'arrachement d'une pierre à l'édifice social des Romains ; ce fut l'écroulement d'une des bases de leur étonnante fortune. La *manus* en effet, en resserrant le lien conjugal, concourait à l'unité et à la force de la famille ; en opérant la confusion la plus absolue des patrimoines des deux époux, elle gardait l'un et l'autre contre les suggestions d'une inconstance trop naturelle, contre les fatales séductions du divorce ; en imposant à la femme le joug d'une dépendance étroite vis-à-vis du mari, en la dépouillant de l'intégralité de ses biens au profit de celui-ci, elle la tenait éloignée de ces déréglements de conduite, de cet affolement de luxe, sources si palpables de la décadence romaine. La *manus,* on le voit, avait donc contribué puissamment au maintien des vieilles mœurs de Rome, et par là sûrement aidé le grand peuple dans la conquête de l'univers.

Digitized by Google

DROIT CIVIL FRANÇAIS

Etude sur la Validité et les Effets

des obligations d'une femme mariée

INTRODUCTION

L'incapacité de la femme mariée, dans notre droit français, crée parfois entre ses divers créanciers une singulière différence : les uns, sauf les difficultés d'exécution qu'ils rencontrent dans les stipulations matrimoniales des époux, possèdent contre elle un droit en lui-même aussi entier, aussi absolu qu'à l'égard d'un débiteur quelconque, majeur et capable; les autres au contraire n'ont vis-à-vis d'elle qu'un droit annulable, un titre fragile qu'il dépend de la femme, du mari, ou de leurs ayant-cause de briser presque à leur gré. La première partie de ce travail sera consacrée à l'examen des principes et des circonstances d'où dérive une situation aussi inégale, c'est-à-dire à l'examen des règles de l'incapacité de la femme en matière d'obligations personnelles. Mais auparavant, il ne sera pas sans intérêt, et à quelques égards, sans profit, de rechercher quelle a été sur le même point la législation des deux peuples auxquels remonte celle qui nous régit, Rome et la Germanie; de suivre brièvement chacune d'elles dans notre pays à travers ses transformations successives, de voir par l'effet de quel mélange, de quelle fusion d'idées opposées, disparates, s'est définitivement constitué l'ancien droit français, d'assister ainsi au laborieux enfantement des règles que nous avons à exposer et à commenter. Cette étude préliminaire nous permettra de les mieux apprécier, de

Digitized by Google

les mieux comprendre ; peut-être nous aidera-t-elle à résoudre quelques questions actuellement controversées. Le Code, en effet, n'a pu en cette matière, comme en aucune autre, tout prévoir, tout régler. Nous rencontrerons, au cours de notre travail, de regrettables et d'importantes lacunes. Pour les combler, il ne suffira pas de faire appel aux seules lumières de la raison ; il faudra interroger l'esprit de la loi, quelquefois aussi les solutions de notre vieille jurisprudence. Encore demeurera-t-il certainement sur bien des points des obscurités, des incertitudes, des brèches ouvertes à l'imagination et à l'hypothèse.

A Rome, le mariage, lorsqu'il n'était pas accompagné de *manus*, ne modifiait en aucune façon la capacité antérieure de la femme. Voyons donc tout d'abord quelle pouvait être cette capacité. La femme romaine non mariée était *sui juris* ou *alieni juris*, c'est-à-dire libre et maîtresse de sa personne, ou au contraire, enchaînée par le lien d'une étroite puissance, la *potestas* (autorité paternelle) ou le *mancipium*. La femme *sui juris* fut, comme on sait, longtemps soumise à une tutelle perpétuelle. Nous avons eu l'occasion, dans la partie romaine de cette thèse, d'indiquer le vrai fondement de l'institution et les causes de sa décadence successive. A l'origine, la femme était sûrement assimilée à un pupille ordinaire, à un pupille *pubertati proximus;* elle ne pouvait donc consentir seule aucun acte susceptible, par sa nature même et indépendamment de toute circonstance de fait, d'entraîner pour elle un préjudice quelconque ; elle était par suite incapable de s'obliger sans l'*auctoritas* de son tuteur, si ce n'est en vertu d'un délit ou d'un quasi-délit. Peu à peu on lui permit quelques actes d'administration (Cic. Top. 11), et le nombre des exceptions dut s'accroître progressivement. Cependant à l'époque même de Gaius, au IIe siècle de notre ère, l'*auctoritas* du tuteur était encore nécessaire pour les actes les plus importants, et notamment pour contracter une obligation (G. III. 108); le magistrat du reste pouvait alors toujours y contraindre le tuteur récalcitrant (G. I. 190). Bientôt après, l'institution de la tutelle perpétuelle disparaissait : à partir du IVe siècle, on n'en retrouve plus de trace.

La femme *sui juris*, affranchie de cette sujétion, posséda une entière aptitude à toutes sortes d'actes, sauf l'*intercessio*, c'est-à-dire le cautionnement. En effet, quelques édits rendus par Auguste et Claude, dans le but de protéger les femmes mariées contre l'influence de leurs époux, leur avait interdit de s'obliger pour eux

Digitized by Google

(l. 2. D. XVI. 1). La pratique étendit, selon toute vraisemblance, cette prohibition. Elle annula dans tous les cas le cautionnement d'une femme, sans distinguer si elle était mariée ou non, si elle s'était engagée pour son mari ou pour un tiers; et cette jurisprudence un peu incertaine fut érigée en loi par un acte célèbre, le sénatus-consulte Velléien, probablement sous le règne de Claude, l'an 46 de l'ère chrétienne (l. 2. § 1. D. XVI. 1). Quel fut le but précis de ce sénatus-consulte? La crainte de l'influence des femmes ou le désir de les protéger? Il serait bien difficile de le dire; peut-être les deux raisons y eurent-elles part. Quoi qu'il en soit, le sénatus-consulte interdisait à toute femme de s'obliger, même pour une femme, et frappait son *intercessio* d'une nullité radicale, ne laissant même pas subsister une obligation naturelle. Mais son champ d'application se bornait, remarquons-le, aux actes réellement constitutifs d'*intercessio*, c'est-à-dire aux actes par lesquels la femme s'engageait pour autrui et dans l'intérêt d'autrui. Il lui restait une liberté absolue de s'appauvrir de tout autre manière, au profit d'un tiers quelconque. De plus, la règle du sénatus-consulte fléchissait dans quelques cas devant l'équité, lors par exemple que la femme avait trompé le créancier ou profité de l'*intercessio;* elle comprenait encore d'autres distinctions, qu'il serait un peu long d'énumérer.

Jusqu'à Justinien, la prohibition demeura intacte, mais ce prince y apporta de sérieuses modifications. Sans abroger le sénatus-consulte, il remit de fait à peu près en vigueur les édits primitifs d'Auguste et de Claude: la femme dès lors redevint en réalité capable d'« intercéder » pour tout le monde sauf pour son mari; vis-à-vis de ce dernier, une novelle célèbre dans notre ancien droit, sous le nom d'« Authentique *si qua mulier* » maintint et accrut peut-être les anciennes rigueurs (Nov. 134, ch. 8).

Voyons maintenant la condition de la femme romaine *alieni iuris,* c'est-à-dire *in potestate* ou *in mancipio.* Quoique n'étant susceptible de rien posséder en propre, elle pouvait très valablement acquérir et aussi obliger un tiers envers elle. Mais là s'arrêtait sa capacité; il lui était notamment impossible de s'obliger par contrat ou quasi-contrat (G. III. 104). Quant à son délit ou quasi-délit, il ne la liait pas seulement elle-même; il engageait encore la responsabilité du père, du citoyen qui exerçait sur elle le *mancipium,* et l'abandon noxal de la délinquante était pour eux le seul moyen de décliner cette responsabilité. L'incapacité de la femme

Digitized by Google

in mancipio disparut, avant l'époque de Gaius, sous l'influence du droit prétorien (G. IV. 80); celle des filles de famille s'éclipsa elle-même un peu plus tard : un texte d'Ulpien (l. 9, § 2. D. XIV, 6) montre en effet qu'elle n'existait plus de son temps. Dès lors les femmes *alieni juris* possédèrent une entière aptitude à contracter seules, sous la réserve évidente de la prohibition du sénatus-consulte Velléien.

Cela posé, quelques mots nous suffiront pour déterminer la capacité de la femme mariée à Rome. Se soumettait-elle à la *manus* : sa situation devenait à tous égards identique à celle d'une fille de son mari; l'épouse *in manu* fut donc jusqu'au IIIe siècle, c'est-à-dire jusqu'à la ruine définitive de la *manus* elle-même, absolument incapable de s'obliger, sauf par délit ou quasi-délit. Lors au contraire que la femme ne se laissait point tomber *in manu*, elle conservait entièrement, dans le mariage, sa situation antérieure : ainsi était-elle, avant de se marier, *in potestate* ou *in mancipio*, elle y demeurait; était-elle *sui juris*, et par suite soit par l'autorité d'un tuteur, soit, quand la tutelle des femmes eût disparu, libre et maîtresse absolue de son patrimoine, elle restait à la tête de ses biens, les administrait et en disposait, comme par le passé, à l'exception de ceux qu'elle s'était constitués en dot. Quand donc, dans le dernier état du droit, les femmes pubères furent affranchies de toute tutelle, et que le régime dotal fut devenu le seul régime de biens possible entre époux, la femme mariée se trouva toujours parfaitement capable de contracter avec les tiers, de s'obliger envers eux, toute seule et sans consulter son mari, sauf les restrictions du Velléien et plus tard de l'authentique *si qua mulier*. Au surplus, elle ne pouvait par ses actes, si elle était soumise à la puissance paternelle, engager dans le présent aucun bien, puisqu'elle n'en possédait point; si elle se trouvait *sui juris*, engager d'autres biens que ses paraphernaux, car sa dot ne lui appartenait pas; elle en avait abdiqué la propriété dans les mains du mari, et cette dot n'était susceptible d'être affectée, même par les deux époux ensemble, à l'acquittement d'aucune obligation, bien que l'aliénation directe leur en fût permise jusqu'à Justinien.

Par ce rapide exposé du droit romain en notre matière, l'on peut voir que jamais ce peuple n'a connu la puissance maritale, telle que nous l'entendons, pouvoir protecteur qui, tout en laissant subsister l'individualité de la femme et de ses intérêts personnels, place pourtant celle-ci dans une dépendance légitime et précieuse.

Digitized by Google

A cela du reste rien d'étonnant : chez les Romains toute puissance était organisée dans l'intérêt du citoyen qui l'exerçait; or, peu importait au mari que la femme dilapidât des biens sur lesquels il ne possédait aucun droit.

Chez les Germains, au contraire, la protection des faibles était un principe essentiel, et la femme fut l'objet tout spécial de cette protection. Un fragment de Tacite (*de Germ.* VIII) atteste le culte qu'elle inspirait à ce peuple. Là, comme à Rome, on la trouve soumise, sa vie durant, à l'autorité, au *mundium* d'un tuteur ; mais la tutelle germanique n'est pas égoïste dans son principe comme la tutelle romaine. En se mariant, la femme passait du *mundium* de sa famille sous le *mundium* de son mari. Elle recevait de lui, à titre de présent, une dot qui venait en toute propriété s'ajouter aux biens qu'elle possédait auparavant : le mari administrait le tout et ne pouvait disposer seul que du mobilier; la femme avait à l'égard de celui-ci le même droit. Pour s'obliger, comme pour aliéner ses immeubles, il lui fallait le consentement de son époux.

Tels sont les deux systèmes opposés desquels est issue notre loi française actuelle : on sait en effet que les Francs appartenaient à la race germanique, et que notre droit s'est formé du mélange du droit franc avec le droit romain.

A la chute de l'Empire, ce dernier resta en Gaule la loi des gallo-romains et des clercs. Puis, tandis que dans le Nord il s'éclipsa peu à peu, il devint la loi commune du Midi de la France. C'était le droit qu'avait connu Rome sous Théodose; le sénatus-consulte Velléien notamment, s'appliquait dans toute sa rigueur et sans aucune des modifications de Justinien. Mais peu à peu la pratique laissa de côté les règles des recueils officiels de l'époque, tels que le Bréviaire d'Alaric, le Papien; elles firent place à un mélange de traditions romaines et de coutumes germaniques. Le Velléien fut ainsi oublié : au VIIIe siècle, on en trouve une dernière mention ; il ne devait ressusciter que cinq cents ans plus tard. En même temps que le Velléien disparaît aussi, dans le Midi de notre pays, le *mundium* perpétuel des Francs : à partir du VIIIe siècle, il n'en reste plus que de rares vestiges.

Au XIIe, un souffle de liberté et de renaissance vole d'un bout à l'autre de la France. La science des Glossateurs franchit les Alpes : l'étude du droit romain, pour des raisons diverses et puissantes, s'implante sur notre sol avec une vigueur extraordinaire. Le régime dotal se reforme dans le Midi, et y fait de rapides progrès. Le

Digitized by Google

sénatus-consulte Velléien s'y répand aussi, à partir du XIIIe siècle, et y devient général, quoique l'application n'en soit pas partout également rigoureuse.

Alors sous l'influence des légistes, le droit romain gagne peu à peu les coutumes. Au XVIe siècle, toutes sanctionnent la prohibition du Velléien : son empire à ce moment s'étend sur la France entière, mais il ne devait pas être de longue durée. Dès la restauration du sénatus-consulte dans notre pays, l'on avait permis à la femme, malgré les résistances de plusieurs jurisconsultes, et surtout des romanistes de l'époque, de renoncer à la protection qu'il lui assurait. Presque partout la clause devint de style dans les contrats; le Velléien perdit ainsi son utilité, il ne fut plus qu'une source de difficultés et de procès. Déférant au vœu général, Henri IV, par un édit de 1606, l'abrogea. Quelques légistes protestèrent, nombre de Parlements refusèrent d'enregistrer le texte royal, et le sénatus-consulte garda force de loi dans diverses provinces. A la fin du XVIIIe siècle, quelques-unes lui étaient encore fidèles ; avec la promulgation du Code, il disparut définitivement de notre pays. Le régime dotal cependant crée, encore de nos jours, nous le verrons, chez la femme qui s'y soumet, une sorte particulière d'incapacité; mais celle-ci purement conventionnelle, et seulement relative à certains biens de la femme, nous semble n'avoir, avec l'incapacité velléienne, qu'une vague parenté.

Revenons au principe germanique du *mundium* perpétuel des femmes. Quelle fut sa destinée au nord et au centre de la France, pendant que le midi appartenait au droit romain? La tutelle des femmes non mariées se modifia successivement; de domestique qu'elle était, elle devint d'abord, et à leur avantage, royale jusqu'à Charlemagne, puis féodale ; et alors, changeant de caractère, elle ne fut pour le seigneur qu'un attribut lucratif, pour la femme qu'une tyrannique oppression. Le seigneur en effet s'arrogea le droit même de choisir un mari à la fille de son vassal décédé, noble ou vilain. Mais cette tutelle féodale disparut à son tour, sous l'influence du droit canon et du pouvoir royal. Alors il s'opéra dans la situation des femmes une métamorphose radicale. Leur règne était venu ; ce furent les beaux temps de la chevalerie et des cours d'amour. On proclama l'entière capacité de la fille et de la veuve. Seule, la femme mariée resta soumise aux vieux principes ; à aucun moment du droit féodal elle n'a échappé à la puissance tutélaire de

Digitized by Google

son époux. Comme de nos jours, l'incapacité de la femme naissait avec le mariage et finissait avec lui.

Dans le droit coutumier, l'on assiste à un phénomène indentique. Dès le treizième siècle, on ne retrouve plus de traces du *mundium* perpétuel des femmes non mariées. Hors du lien conjugal, émancipation complète du sexe; le Velléien fut en effet longtemps inconnu de nos coutumes. Dans le mariage au contraire, maintien intégral des anciennes incapacites. Pour s'obliger autrement que par délit ou quasi-délit, la femme a besoin, comme pour ester en justice, de l'autorisation maritale; la plupart des coutumes exigent même une autorisation donnée en des termes sacramentels. La nécessité en est sanctionnée, suivant les pays, soit par une nullité radicale, soit par une nullité relative et susceptible de se couvrir par la ratification expresse, l'exécution volontaire ou la prescription. Ajoutons que la femme trouvait auprès des Tribunaux une protection contre le mauvais vouloir de son époux; elle avait en effet la faculté de s'adresser à eux, pour en obtenir l'autorisation que son mari lui refusait injustement.

Le principe de la puissance maritale qui, né chez les Germains, avait traversé les siècles, sans jamais périr au nord ni au centre de la France, ne borna pas là son empire. Avec le temps, les règles coutumières pénétrèrent dans les pays de droit écrit, et la femme perdant alors l'entière liberté dont elle avait joui, ne put désormais s'obliger en dehors de l'administration de ses paraphernaux, sans l'assistance de son mari. A l'inverse les idées romaines envahirent le droit coutumier. Des pactes nuptiaux vinrent peu à peu altérer la communauté coutumière, en y introduisant la dotalité et la paraphernalité romaines; la destinée du Velléien dans notre pays nous a offert également un exemple du même fait.

C'était là un des côtés par lesquels les deux législations, parties de principes si différents, se pénétraient l'une l'autre, s'identifiaient, comme pour préparer l'avènement d'une loi unique avec le Code civil.

Entre l'idée romaine et l'idée germanique, les rédacteurs du Code n'ont pas hésité. Ils ont frappé la femme mariée d'incapacité pour toutes sortes d'actes judiciaires et extrajudiciaires (art. 215, 217); sans nommer expressément l'obligation parmi ceux que mentionne l'article 217, ils l'y ont cependant, on le verra, virtuellement comprise. Ainsi, tandis que la fille et la veuve possèdent une entière aptitude à faire seules tous les actes de la vie civile, la femme

Digitized by Google

mariée, quel que soit le régime adopté par elle, ne peut, sauf exception, en faire aucun, sans l'autorisation de son époux. Son incapacité ne prend jamais naissance, comme autrefois dans certaines coutumes, au jour des fiançailles, mais elle commence avec le mariage et elle dure autant que lui. La séparation de corps même ne la fait point cesser ; si les articles 215 et 217 gardent à cet égard un silence complet, c'est que la nommer eût été, de la part du législateur, préjuger une question qu'il n'avait pas encore résolue, l'inscription de la séparation de corps dans notre loi civile. Du reste, cette séparation ne brise point le lien conjugal ; or, nos articles, par la généralité de leurs termes, s'appliquent sans distinction à toute femme mariée (1).

Quel est dans notre droit le fondement de l'incapacité de la femme? Bien des systèmes ont été présentés à ce sujet. Et d'abord se justifie-t-elle au seul regard de la raison? Ne serait-elle pas une création arbitraire du législateur, et comme on l'a soutenu, une pure tyrannie de l'homme, une flagrante iniquité sociale? Pour mettre à néant ces déclamations passionnées, il n'est pas nécessaire de longs développements. Le mariage est à la fois une société de personnes et une société de biens ; or, toute société a besoin d'un bras qui la dirige ; c'est là un fait acquis, incontestable. Auquel des deux époux confier le souci de cette direction? Fallait-il pour chaque cas abandonner la chose au caprice des évènements et des caractères? Sans doute, après quelques mois de vie commune, il arrive presque toujours que l'un des conjoints, ordinairement le mari, quelquefois la femme, acquiert sur l'autre un certain ascendant, et s'empare de la haute main dans la gestion des intérêts du ménage. Mais ne valait-il pas mieux, pour éviter des tiraillements, des luttes qui n'auraient pas manqué de se produire fréquemment, remettre d'avance les rènes de l'autorité aux mains de celui qui d'habitude est le plus apte à les bien tenir? Et celui-là n'est-il pas le mari? Qui pourrait nier que la femme soit en général timide, impressionnable, changeante, facile à entraîner, à persuader, trop accessible aux chimères de l'imagination? Que le mari soit plus réfléchi, plus positif, qu'il ait plus de suite, plus de ténacité dans la poursuite d'un but, qu'il possède une plus grande expérience des affaires?

(1) V. MM. Duranton : t. II, nos 623 et 624. — Massol : de la séparation de corps, p. 280. — Aubry et Rau : t. V, § 494, note 8.

Digitized by Google

A s'en tenir même aux différences que récèle leur constitution physique, n'y trouve-t-on pas la preuve du rôle différent que chacun d'eux est destiné à remplir dans la conduite de leur association? La force n'a-t-elle pas été donnée à l'homme contre les durs labeurs, le rude contact du monde? La femme n'a-t-elle pas reçu en partage la délicatesse pour les douces occupations, les soins intimes du logis, pour exercer et développer cette qualité nnée et précieuse, que Montaigne appelle sa « vertu économique? » (Essais, III. 9).

Ainsi donc, l'autorité dans la direction des affaires du ménage devait légitimement appartenir au mari. Que de querelles enfin et de discordes la loi n'aurait-elle pas fomentées, que de ruptures n'aurait-elle pas occasionnées, que de reproches tout au moins, que de scènes violentes n'aurait-elle pas ménagées à la femme, en lui laissant la faculté d'engager seule sa fortune personnelle, et par là de compromettre l'avenir de la famille!

Le principe de l'incapacité de la femme ainsi justifié, il importe de rechercher quel est exactement le mobile qui l'a fait inscrire dans notre Code; nous verrons en effet que diverses questions graves et controversées se trouvent liées à celle-là. La nécessité de l'autorisation maritale dérive certainement du *mundium* germanique. Or, le *mundium* était surtout destiné à protéger la femme. Mais précisément à cause de cela, il n'atteignait pas seulement les femmes mariées; les filles et les veuves étaient aussi soumises à une tutelle perpétuelle. Plus tard, quand cette tutelle fut restreinte aux femmes mariées, on se demanda si elle n'avait point changé de caractère, si la soumission légitime de la femme au mari, si l'intérêt des enfants issus des époux ne contribuaient pas, plus encore que l'intérêt de la femme, au maintien de la règle de l'autorisation; si même ces raisons nouvelles ne s'étaient pas complétement substituées à l'ancienne, et si l'intérêt personnel de la femme n'était pas désormais absolument mis de côté dans la question. « C'est sur quoi les auteurs sont extrêmement divisés » lit-on, dans le *Nouveau Denizart* (t. II. aut. § 1, n° 3). La question n'était pourtant, ce semble, guère susceptible de controverse; on admettait généralement en effet la complète validité de l'autorisation du mari mineur (1): or, le mineur, incapable de faire pour lui-même tel ou

(1) Pothier : de la puissance du mari, n° 29.

Digitized by Google

tel acte, ne pouvait pas être considéré comme susceptible d'autoriser, avec un plein discernement, le même acte accompli par sa femme, protéger celle-ci contre les surprises, le préjudice auxquels cet acte l'exposait. Ainsi alors, l'autorisation maritale ne se justifiait plus par la faiblesse du sexe, mais par la dépendance et la soumission de la femme à l'égard de son époux. Telle était du reste l'opinion générale (1).

De nos jours la question est encore fort discutée. Trois systèmes principaux sont en présence. Tous les trois s'accordent à reconnaître que la nécessité de l'autorisation repose sur la puissance maritale, c'est-à-dire sur le droit du mari à l'obéissance de la femme ; mais tandis que certains auteurs soutiennent qu'elle n'a pas d'autre raison d'être (2), quelques-uns lui attribuent encore pour fondement l'intérêt collectif de la famille et l'intérêt particulier de la femme (3); une troisième opinion, tout en acceptant l'intérêt collectif de la famille, repousse énergiquement l'intérêt personnel et distinct de celle-ci (4).

Au dire de la première, l'inexpérience et la légèreté des femmes ne seraient aujourd'hui que des idées surannées, formellement répudiées par la loi moderne. La femme, dit-elle, n'est pas plus novice en affaire que l'homme; elle sait, tout aussi bien que lui, sauvegarder ses intérêts ; et telle a été certainement la pensée de notre législateur, quand il a accordé aux filles et aux veuves majeures une entière capacité pour toutes sortes d'actes. N'est-ce pas, ajoute-t-on, lui prêter une étrange contradiction que de le représenter essayant de protéger le mari, les enfants, la femme elle-même contre son inexpérience ou sa faiblesse, à moins de soutenir que le mariage n'exerce une fâcheuse influence sur ses facultés intellectuelles? Si donc la loi lui retire la capacité qu'elle possédait avant le mariage, ce ne peut être que dans l'intérêt de la puissance maritale, et pour sanctionner le devoir d'obéissance qu'elle lui impose dans l'article 213 du Code civil. — Le Code fournit

---

(1) Pothier : op. cit. nº 4. — Contrà : Lebrun. de la communauté, liv. II, ch. I, sect. 1, nº 1.

(2) V. Delvincourt : t. I, p. 75, nº 11. — Merlin : Quest. de droit, t. VI, Puiss. marit., § 4. — Demante : t. I, nos 298 bis et 300 bis, X.

(3) V. MM. Proudhon : t. I. p. 454. — Gide : p. 478. — Baudry-Lacantinerie : t. I, nº 599.

(1) V. MM. Valette : Cours de Code civil, p. 329. — Demolombe : t. IV, nº 117. — Aubry et Rau : t. V, § 472, n. 5.

Digitized by Google

contre cette théorie un argument décisif : quand le mari est mineur, son autorisation ne suffit plus, comme dans l'ancien droit, à la femme ; il faut qu'elle s'adresse à la justice et lui soumette l'acte qu'elle se propose d'accomplir. L'innovation de notre législateur montre clairement qu'il s'est un peu défié de la raison féminine, qu'il a cru à cette « *fragilitas sexus* » que les jurisconsultes paraissent avoir, à tort ou à raison, de tout temps proclamée.

L'autorisation maritale est donc dans notre loi moderne un mode de surveillance, autant qu'une marque de soumission. Mais quelles personnes a-t-elle pour but exprès de protéger? Est-ce d'une manière collective les époux et leurs enfants, c'est-à-dire la famille dans ses intérêts généraux et solidaires? ou bien est-elle aussi destinée à garantir d'une manière particulière à la femme la conservation de sa fortune personnelle? On conçoit, en effet, que l'intérêt individuel de la femme puisse être distinct de l'intérêt du ménage et des enfants : en faisant par exemple passer sa fortune sur la tête de son mari, la femme se dépouillerait elle-même, sans peut-être rien enlever dans le présent au bien-être de la famille, ni même pour l'avenir au bien-être de ses enfants.

La deuxième théorie que nous avons annoncée tient pour la protection collective de la famille et la protection individuelle de la femme. « Je la vois écrite, dit M. Gide *(loc cit)* dans chaque article du Code civil sur l'autorisation maritale : j'y lis que faute d'autorisation, la nullité de l'acte peut être réclamée par la femme elle-même ; qu'elle n'est point couverte par le silence et la mort du mari; que si le mari est mineur, absent, interdit, condamné à une peine afflictive, la femme ne peut plaider ni contracter sans l'autorisation du juge. » Parmi les diverses opinions proposées en la matière, il n'en est évidemment aucune qui assure à la femme une plus large protection, et si celle-là ne nous paraissait formellement contraire à l'esprit de la loi, nous n'hésiterions pas à l'adopter ; car la femme n'a sûrement pas les mêmes aptitudes que l'homme aux divers actes de la vie civile. Est-ce à dire que toutes les femmes devraient être mises en tutelle? Non : le remède serait pire que le mal; il jetterait dans les affaires d'énormes complications. Mais, comme le dit M. Demolombe *(loc. cit.)*, quand il y a près de la femme un tuteur naturel et tout trouvé, il serait sage « d'en profiter et de baser l'autorisation maritale sur le droit du mari à l'obéissance de la femme, comme sur le droit de la femme à la protection du mari. » Les rédacteurs du Code l'ont-ils fait? Non,

Digitized by Google

répond le troisième système, et telle sera aussi notre opinion. Ils se sont préoccupés très certainement de l'intérêt collectif de la famille, mais ils n'ont point du tout songé à l'intérêt individuel de la femme. Pour s'en convaincre, il suffira de remarquer que la femme se trouve privée de tout appui, dénuée de tout secours, dans les hypothèses où elle en aurait le plus besoin. Ainsi nous montrerons que la femme peut, avec le seul assentiment de son mari, s'obliger dans l'intérêt de celui-ci, cautionner une de ses dettes par exemple; bien plus, que la femme peut en principe contracter avec son époux aussi librement qu'avec un tiers, c'est-à-dire sans autre autorisation que la sienne. Ces résultats ne jurent-ils pas avec le moindre souci des intérêts de la femme? L'intervention de la justice ne serait-elle pas plus nécessaire dans ces deux cas que celle du mari dans tous les autres? Qu'on ne parle donc pas de l'intérêt personnel de la femme, comme fondement de son incapacité. Si le mari mineur, interdit, absent, condamné à une peine afflictive ou infamante, est remplacé par le juge dans l'exercice du droit d'autorisation, c'est uniquement en vue de l'intérêt général de la famille; si la femme est admise à se prévaloir elle-même du défaut d'autorisation, c'est encore dans le même but et pour assurer une protection plus complète, plus efficace, à l'intérêt du ménage et des enfants.

Nous connaissons maintenant l'origine et le motif de l'incapacité de la femme; nous arrivons à l'examen du sujet que nous nous sommes proposé de traiter : validité et effets des obligations d'une femme mariée. Comme l'indique ce titre, nous ne parlerons que des obligations personnelles de la femme; par là se trouvera exclue de de notre cadre la constitution d'un droit réel quelconque. D'autres avant nous se sont placés au même point de vue spécial, et ont cherché dans les obligations personnelles de la femme sous tel ou tel régime, notamment sous le régime dotal, un aliment à leurs études et à leurs travaux. Mais ils ont, pour la plupart, supposé connues les règles de l'incapacité de la femme en la matière, et ont uniquement prévu le cas d'un engagement valable. Il nous a semblé qu'il serait utile de réunir dans un même exposé les diverses fractions de cet important sujet. Nous rechercherons donc tout d'abord à quelles conditions une femme peut être valablement obligée, puis quelle est, dans la double hypothèse d'un engagement pleinement valable et d'un engagement nul, la situation de ses créanciers.

Digitized by Google

CHAPITRE PREMIER

A quelles conditions une femme mariée est-elle valablement obligée?

SECTION I

Du principe de l'autorisation maritale

L'article 217, où se trouve inscrit le principe de l'incapacité de la femme, en matière extrajudiciaire, est ainsi conçu : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit. » Ce texte ne défend pas point expressément à la femme de s'obliger seule : est-ce là une lacune involontaire, un vice de rédaction, ou bien le législateur a-t-il connu, a-t-il prémédité cette omission ? La chose ne présente pas, remarquons-le tout d'abord, un intérêt bien considérable. En effet, de l'aveu de tout le monde, l'origine et le but de l'article 217 ne permettent pas de croire que l'on ait pu songer à laisser à la femme une entière aptitude à s'obliger seule, au moyen d'un emprunt par exemple, alors qu'on lui retirait celle d'aliéner, d'hypothéquer, d'acquérir. Aussi les auteurs mêmes, qui croient à une omission intentionnelle de la part du législateur, reconnaissent-ils que la défense de s'obliger est tout au moins comprise dans celle d'aliéner ; que la femme, impuissante à aliéner directement seule ses biens, ne saurait non plus les aliéner d'une manière indirecte, en les engageant par des obligations personnelles. Il est cependant utile à divers égards, et notamment en vue d'une importante question relative à la femme séparée de biens, de

Digitized by Google

rechercher si l'incapacité de s'obliger dérive uniquement, exclusivement de celle d'aliéner ; ou si elle résulte de l'esprit et de l'ensemble des termes de l'article 217, de telle sorte que cet article puisse être considéré comme renfermant une défense principale et directe, quoique seulement virtuelle, contre la femme de s'obliger sans autorisation.

L'alternative paraît peu douteuse si l'on se réfère aux travaux préparatoires du Code civil (1). Le Tribunal, en effet, ayant émis le vœu que la femme fût déclarée incapable de s'obliger, le Conseil d'État refusa d'y souscrire. Et cette résistance semble d'autant plus significative que le silence de quelques coutumes sur le même point avait, déjà dans l'ancien droit, fourni matière à discussion. Quant aux textes du Code qui suivent l'article 217, et qui supposent en apparence chez la femme l'incapacité générale de contracter, ils ne sauraient, dit-on, prévaloir contre cet article qui est capital, organique en la question, et doivent tout naturellement être entendus dans la limite de ses termes.

Cette opinion, consacrée il y a longtemps par quelques arrêts (2), est maintenant abandonnée en doctrine et en jurisprudence. On a fait remarquer avec raison (3) que la teneur de l'article 217 équivalait pour la femme à une prohibition expresse de s'obliger. Elle ne peut, dit cet article, ni donner, ni acquérir à titre onéreux : or toute obligation s'analyse forcément, ou en une libéralité, si elle est contractée à titre gratuit, ou en une acquisition déterminée, si elle est contractée moyennant un équivalent pécuniaire. Au surplus, la généralité des articles 219, 220, 221, 222, 224, qui tous parlent de la nécessité de l'autorisation pour « passer un acte », pour « contracter », semble bien, quoi qu'on en dise, montrer que le législateur, dans l'article 217, a voulu porter une incapacité générale de contracter. Parmi ces articles, il en est un surtout qui nous paraît décisif, l'article 220, précisément relatif aux obligations : « La femme, dit-il, si elle est marchande publique, peut sans l'autorisation de son mari s'obliger pour ce qui concerne son négoce. » N'est-ce pas proclamer, avec une irrésistible évidence, que la femme, même marchande publique, ne peut s'obliger seule, en dehors du

---

(1) V. Locré : Législ. civ., t. IV, p. 458.

(2) V. Cass. 16 mars 1813. Sirey, 1814, 1re partie, p. 160. — Cass., 18 mai 1819. S. 1819, 1, 339.

(3) V. Valette sur Proudhon : I, p. 464.

Digitized by Google

cercle de ses affaires, et que par *a fortiori* la femme non marchande ne peut en aucun cas s'obliger sans autorisation. Que si enfin l'on se demande pourquoi le Conseil d'État a refusé d'introduire dans l'article 217 la précision réclamée par le Tribunat, c'est qu'il l'a crue sans doute inutile et dangereuse : inutile, parce que les termes de l'article lui ont paru comprendre l'obligation ; dangereuse, parce qu'il a craint de provoquer ainsi des doutes au sujet de quelques cas, où l'obligation ne nécessite pas la capacité personnelle du débiteur, et où par suite la femme se trouve liée valablement sans l'autorisation de son mari (1).

En résumé, la femme mariée est incapable de s'obliger, tout comme elle est incapable d'aliéner, d'hypothéquer, d'acquérir ; le principe est identique pour toutes sortes d'actes extrajudiciaires ; tous nécessitent au même titre l'autorisation maritale. Nous allons maintenant examiner les formes et les conditions indispensables pour la parfaite validité de cette autorisation.

Autrefois, dans la plupart des coutumes, il existait une différence très importante, mais assez inexplicable, entre l'autorisation en matière judiciaire et l'autorisation en matière extrajudiciaire : tandis qu'en matière judiciaire il suffisait à la femme de l'approbation du mari, donnée d'une manière quelconque, même tacitement, il lui fallait, pour tout acte extrajudiciaire, une autorisation écrite et conçue en des termes sacramentels (2). En vain le mari aurait-il par exemple signé un contrat d'emprunt souscrit par sa femme, en vain se serait-il engagé solidairement avec elle, rien ne pouvait remplacer le vocable solennel « autoriser » ; quelques auteurs cependant, Pothier par exemple (*Op. cit.* n° 68), tenaient pour équivalent le mot « habiliter », mais à défaut de l'une de ces deux expressions, le consentement du mari, si certain qu'il fût, était presque universellement considéré comme non avenu. *A fortiori*, sous l'empire de ces principes empruntés aux règles du droit romain sur l'*auctoritas* du tuteur, l'autorisation maritale ne pouvait-elle évidemment en aucun cas être tacite.

Notre Code n'a point adopté ces traditions : l'autorisation n'est plus aujourd'hui que la manifestation du consentement du mari.

---

(1) V. MM. Valette : loc. cit. — Rodière et Pont : III, n° 2193. — Demolombe : IV, n° 163. — Aubry et Rau : V, § 516, n. 77. — Cass. 12 fév. 1828, S. 28, 1,356. — Cass. 30 déc. 1862, S. 63, 1, 257. — Besançon, 5 av. 1879, S. 80, 2, 101.

(2) V. Lebrun, liv. II. Ch. I, Sect. 4, nos 14 et 15.

Digitized by Google

Quels que soient les termes dans lesquels elle se trouve exprimée, elle n'en est pas moins valable; nombre d'articles (217. 1426. 1429. etc.) l'attestent : le législateur, en y dédaignant le mot « autorisation » pour celui de « consentement », a montré par là qu'il abdiquait le formalisme de nos anciennes coutumes et les subtilités de nos vieux auteurs. Bien mieux, l'approbation du mari n'est plus nécessairement expresse ; elle peut être tacite, sous certaines conditions qui ont fourni, comme on le verra, dans la doctrine et la jurisprudence, matière à de sérieux désaccords.

§ 1. — Règles spéciales à l'autorisation expresse.

L'autorisation maritale est expresse quand elle est donnée à la femme en termes explicites et formels. On conçoit qu'elle puisse se produire oralement ou par écrit ; mais le Code n'a-t-il pas entendu, au moyen des expressions restrictives de l'article 217, bannir l'autorisation verbale? Cela ne nous paraît pas douteux. L'article 217 détermine très clairement les formes que peut légalement revêtir l'approbation du mari ; il en indique seulement deux : le concours du mari dans l'acte et son consentement par écrit; admettre la validité d'un consentement purement verbal serait, de toute évidence, ajouter à la loi, la corriger, la refaire. En vain dirait-on que la rédaction de l'article 217 a eu surtout pour but de proclamer une dérogation à l'ancien droit, d'exprimer l'équivalence de l'autorisation tacite et de l'autorisation expresse; en vain ajouterait-on que notre législateur, admettant la validité de l'autorisation tacite, n'a pas pu rejeter celle de l'autorisation expresse non écrite. Au premier argument l'on répondrait qu'il n'est assorti d'aucune preuve; au second, qu'il repose sur une définition de l'autorisation tacite que nous repoussons absolument. Nous nous efforcerons en effet de démontrer que le concours du mari dans un acte passé par la femme doit uniquement s'entendre de son assistance dans l'acte écrit, qui constate l'obligation de la femme; ainsi définie, l'autorisation tacite n'est plus évidemment qu'une approbation écrite, aussi certaine, aussi probante qu'un consentement exprès. Mais pourquoi nous attarder à des réponses de détail? N'en possédons-nous pas une devant laquelle aucune objection ne saurait tenir longtemps? La loi est formelle ; elle s'impose donc à l'interprète. Du reste, si les auteurs en cette question diffèrent sur le principe, leur désaccord en fait est bien minime, car ceux-là

Digitized by Google

mêmes, dont nous combattons le système, reconnaissent en général que l'intention du législateur a été de proscrire la preuve par témoins d'une autorisation verbale, et que cette preuve par suite n'est en aucun cas admissible, lors même que la valeur du litige ne dépasse pas 150 francs (1).

Il est une autre difficulté : en l'absence de toute preuve écrite de l'autorisation maritale, le créancier n'aurait-il pas du moins la faculté de déférer le serment au mari, à la femme ou à leurs héritiers, sur l'existence de cette autorisation? Leur aveu serait-il susceptible de l'établir? Ou bien l'écriture est-elle ici indispensable, requise *ad solennitatem,* pour la validité même de l'autorisation? Cette exigence ne se justifierait guère dans une loi aussi peu formaliste que la nôtre. Puis le doute même, s'il y avait doute à ce sujet, trancherait la question : en toutes matières, la règle générale ne doit plier que devant une exception parfaitement établie; or, il est de principe que le serment peut toujours être déféré, l'aveu toujours invoqué; on ne saurait donc se refuser à les admettre ici (2). Ajoutons cependant que le serment ou l'aveu de l'un des époux ne seraient point opposables à son conjoint; car autrement on leur donnerait le moyen de se dépouiller mutuellement, par un faux serment, par un aveu menteur, de l'action en nullité que leur donne la loi, et qui, une fois née, appartient à chacun d'eux d'une manière distincte, personnelle, indépendante : telle est du moins, sur ce dernier point, l'opinion que nous nous efforcerons d'établir, en traitant des effets de la ratification émanée de l'un des époux vis-à-vis de l'autre.

La loi n'a indiqué aucune forme spéciale pour la rédaction de l'écrit destiné à faire foi de l'autorisation maritale. Il peut donc indifféremment être dressé sous seing-privé ou dans la forme authentique. Ne faut-il pas toutefois admettre une exception, dans le cas où l'acte que la femme se propose d'accomplir exige l'intervention d'un officier public, comme la donation par exemple? Un arrêt l'a ainsi décidé (3); mais cette opinion est généralement combattue dans la doctrine (4). L'autorisation maritale ne peut en

---

(1) V. MM. Aubry et Rau : V. § 472, nos 52 et 53. — Contra : Valette, Cours de Code Civil, p. 341.

(2) V. MM. Demelombe : IV, n° 193. — Demante : I, n° 300 bis VII.

(3) V. Cass. 1er déc. 1846. S. 47, 1, 289.

(4) V. Duranton : II, 446. — M. Demolombe : IV, 194.

Digitized by Google

effet être considérée comme un élément de la forme de l'acte, en vue duquel elle est donnée. Même en adoptant, relativement au mandat, la nécessité d'un titre authentique, quand il a pour objet de réaliser une donation, on ne saurait tirer de là argument en ce qui concerne l'autorisation. Car le mandat se lie bien plus étroitement que celle-ci à la donation qui doit suivre : par lui, le mandant est censé figurer en personne dans la donation, comme donateur ou donataire, en un mot comme partie ; au contraire, l'autorisation n'empêche point la femme de parler seule dans la donation, le mari de rester en dehors de cet acte ; elle n'a qu'un but : compléter la capacité personnelle de la femme, pure condition de fond, exempte par conséquent des prescriptions uniquement relatives à la forme du contrat.

L'autorisation maritale expresse, pour être valable, ne doit pas seulement être donnée par écrit. Il faut encore qu'elle soit spéciale (art. 223); mais comme ce principe est commun à l'autorisation tacite, nous en traiterons seulement après examen des règles particulières à cette dernière espèce d'autorisation.

§ 2. — Règles spéciales à l'autorisation tacite.

L'autorisation maritale tacite est celle qui n'est pas donnée à la femme en des termes exprès, qui dérive par interprétation de la conduite personnelle du mari. L'article 217 la fait résulter d'une circonstance unique : le concours du mari dans l'acte. Que faut-il entendre par là ? Comment définir ce concours ? La jurisprudence et la doctrine sont partagées entre deux systèmes fort différents.

D'une part, la majorité des Cours d'appel et une fraction importante parmi les auteurs soutiennent que le concours exigé du mari n'est pas autre chose qu'une participation quelconque, même éloignée, à l'engagement de la femme ; que l'autorisation tacite peut dès lors résulter de faits de toute espèce, établissant, d'une manière non équivoque, sa volonté d'approuver l'acte dont s'agit ; que la femme, par exemple, voyageant ou vivant seule, avec l'agrément de son mari, est ainsi tacitement autorisée dans les dépenses que nécessite son logement, sa nourriture et son entretien (1). — Cette théorie

(1) V. Toullier : XII, n° 241. — MM. Aubry et Rau : V, § 472, 4° a. — Bourges, 9 juill. 1831, S. 32, 2. 447. — Douai, 13 mai 1846. Dalloz, 47, 2. 60. — Paris, 28 fév. 1849. S. 49, 2. 145. — Paris, 9 juin 1857, S. 57. 2. 755.


Digitized by Google

ne nous semble guère soutenable. L'ancien droit, en effet, exigeait pour tout acte extrajudiciaire une autorisation expresse: Le Code a a dérogé à cette règle, en faveur de l'autorisation tacite qui résulte du concours du mari dans l'acte. Il y a là une exception aux vieux principes; le législateur qui l'a introduite l'a certainement ainsi comprise. Or, toute exception doit être rigoureusement renfermée dans la limite des termes qui la formulent, et ce n'est pas concourir à un acte que de montrer d'une façon plus ou moins éloignée, plus ou moins indirecte, que l'on n'entend pas y mettre obstacle?

Le système des Cours d'appel se heurte encore, ce nous semble, à un plus grave argument. Dans l'article 217, tel qu'il l'explique, nous ne voyons pas un mot qui permette de soustraire l'autorisation tacite, quant à sa preuve, aux règles du droit commun, d'écarter, par exemple, au-dessous de 150 fr., la preuve testimoniale des circonstances d'où pourrait résulter l'assentiment marital. Or, en consacrant un pareil résultat, la loi n'offrirait-elle pas la plus étrange des contradictions? Nous avons vu, au sujet de l'autorisation expresse, que l'immense majorité des interprètes n'hésitent pas à rejeter absolument la preuve par témoins d'un consentement exprès verbal; qu'en effet l'intention du législateur sur ce point ne saurait être sérieusement contestée. Ainsi donc, l'on n'écouterait pas des témoins qui affirmeraient de la manière la plus positive, avoir entendu le mari autoriser sa femme en termes exprès, à traiter avec un tiers, et l'on prêterait l'oreille aux allégations d'autres témoins qui viendraient déposer sur telle ou telle circonstance révélant indirectement avec plus ou moins de certitude, l'approbation du mari! Une semblable anomalie est impossible; par là, selon nous, la théorie des Cours d'appel est indéniablement condamnée.

Le deuxième camp, dans lequel, à côté de la Cour de cassation, se rencontrent les auteurs les plus considérables, décide qu'à défaut de l'autorisation expresse du mari, sa coopération effective, réelle, à l'acte passé par la femme, est indispensable; qu'elle ne peut être suppléée « par des équivalents tirés des circonstances qui ont précédé ou suivi l'engagement pris par la femme (1). » Le concours du mari est bien plus rigoureusement exigé, comme on le voit, dans cette opinion. Ses partisans ne le définissent pas tous en des termes

(1) V. MM. Demolombe : IV, 196 et 197. — Laurent : III, 121. — Cass. 26 juin 1839, S. 39, 1. 878. — Cass. 26 juill. 1871, S. 71, 1. 65. — Cass. 20 juin 1881, S. 82, 1. 301.

Digitized by Google

absolument précis, mais la pensée de tous paraît être fidèlement exprimée par l'un d'eux, dans les quelques lignes qui suivent : « Il n'y a, dit M. Laurent (*loc. cit.*), que deux manières pour le mari de concourir à l'acte passé par sa femme, c'est d'y figurer comme autorisant sa femme, ou d'y être partie. Dans le premier cas il y a autorisation expresse. Pour qu'il y ait autorisation tacite, il faut donc que le mari ait été partie à l'acte, c'est à dire qu'il ait promis ou stipulé. Il ne suffit pas qu'il soit présent ; la présence à un contrat n'est pas le concours dans ce contrat. »

Si nous avons bien compris cette doctrine, le mot « acte » dans l'article 217 doit être, suivant elle, tenu pour synonyme de « convention » ; il désigne uniquement le contrat intervenu entre la femme et le tiers. De là nous paraît résulter une conséquence, dont nous nous sommes fait une arme contre le premier système, et qui, un peu atténuée, il est vrai, dans le second, n'en demeure pas moins inacceptable. Une fois le mot « acte » entendu avec le sens de « contrat », de *negotium juris*, il ne reste plus dans l'article 217 une expression, une lettre d'où l'on puisse induire, relativement à l'autorisation maritale tacite, la prohibition de la preuve testimoniale et la nécessité d'une preuve écrite, en dehors des règles ordinaires du droit. Sans doute, dans la théorie de la Cour suprême, l'admission de la preuve testimoniale soulèverait une moindre contradiction : l'autorisation tacite étant en effet comprise d'une manière bien plus étroite, cette preuve ne trouverait place que dans un nombre moins considérable d'hypothèses. Mais si restreint qu'en fût l'usage, ne constituerait-il pas une étrange anomalie, mis en parallèle avec la proscription absolue de la même preuve en matière d'autorisation expresse? Le concours du mari dans un acte est, dit-on, sa coopération au contrat en qualité de partie. Mais ce concours ainsi entendu suppose deux faits bien distincts : 1° que le mari s'est engagé ; 2° qu'il s'est engagé au moment où sa femme se liait aussi, sous son regard et avec son assentiment. Or, que l'on puisse établir le premier de ces faits par les modes ordinaires de preuve, et notamment par témoins jusqu'à 150 fr., cela est tout naturel. Mais le second ne doit, sous peine d'une contradiction évidente dans la loi, pouvoir être établi que par écrit. Le législateur, en exigeant pour toutes sommes une preuve écrite de l'autorisation maritale expresse, a voulu empêcher une foule de petits procès, ménager de la sorte le temps des tribunaux, enrayer l'esprit de chicane. Or il y avait une œuvre tout aussi utile à accomplir, un

Digitized by Google

nombre peut-être aussi important de procès à éviter, en interdisant également dans tous les cas la preuve par témoins d'une autorisation tacite; et les rédacteurs du Code l'ont sûrement compris.

Ces considérations nous suggèrent, dans l'article 217, une définition du mot « acte » que l'on ne rencontre, à notre connaissance, ni dans les arrêts, ni dans les auteurs. Si, au lieu d'être employé comme synonyme de « contrat », notre expression l'a été pour désigner l'écrit, l' « *instrumentum* », le titre destiné à faire foi de l'obligation de la femme, toute contradiction par là même s'évanouit, et la loi se trouve aussitôt justifiée. Notre manière de voir, en elle-même, très vraisemblable, devient, il nous semble, certaine par le rapprochement du mot « acte » avec celui d' « écrit », qui lui fait presque pendant, et termine l'article 217. Il serait au surplus inutile de rappeler qu'en bien d'autres articles du Code, le même mot revêt cette signification spéciale, notamment aux chapitres des Donations et des Preuves.

En résumé, selon nous, le mari autorise tacitement sa femme, et ne peut l'autoriser ainsi qu'en participant à la rédaction du titre qui constate la convention passée par elle. Cette interprétation, sous certains rapports, n'a pas la rigueur de celle qu'adopte la Cour suprême. En effet, pour concourir à la rédaction d'un acte, il n'est pas nécessaire d'y figurer comme partie contractante ; il suffit d'y prêter une assistance quelconque. Mais, à raison même du but poursuivi par notre législateur, il faut que l'assistance du mari se révèle par l'étude du titre lui-même, qu'elle éclate à l'inspection seule du titre, et aussi qu'elle implique nécessairement chez le mari la connaissance de l'engagement souscrit par son épouse. Ainsi le mari qui appose sa signature au-dessous de celle de sa femme, autorise son obligation; le mari qui tire une lettre de change sur elle, approuve l'acceptation qu'elle en pourra faire. Celui dont la présence à la passation d'un acte authentique est attestée dans l'acte même, par une déclaration de l'officier ministériel; celui qui, sans apposer sa signature à un acte sous-seing privé, en a écrit le corps de sa main, doivent être, tous deux, ce nous semble, considérés comme ayant fourni leur autorisation tacite (1).

Les principes que nous venons d'exposer subissent une grave

(1) V. Contrà : M. Laurent, III, 121-122. — Cpr. Aix, 29 nov. 1811; dans Dalloz : Répert. V° Mariage n° 840, 2°. — Paris, 14 mai 1846. D. P. 1846, 2. 189,

Digitized by Google

exception relativement à la femme commerçante. Il est, en effet, unanimement reconnu en doctrine et en jurisprudence, que pour s'obliger valablement dans l'exercice d'une profession quelconque, la femme n'a besoin ni d'un consentement exprès, même général, de son mari, ni de son concours dans les actes passés par elle ; que l'autorisation tacite peut alors résulter de circonstances quelconques, établissant que le mari a connu le négoce entrepris par sa femme et n'y a point mis d'empêchement. Comment justifie-t-on cette dérogation à l'article 217? L'intention du législateur, dit-on, n'est pas contestable : l'ancien droit lui-même, si sévère en matière d'autorisation, se contentait, à l'égard de la femme commerçante, de l'assentiment tacite, c'est-à-dire de la simple tolérance du mari (1) ; la rapidité et la sécurité nécessaires aux opérations commerciales ne permettent pas d'exiger, soit le concours du mari dans chacun des actes de la femme, soit même une autorisation générale donnée par écrit ; la publicité du négoce, la connaissance qu'en a, aux yeux de tous, le mari doivent suffire. Enfin les rédacteurs du Code de commerce semblent avoir voulu, dans l'article 4, donner à cette manière de voir la consécration d'un texte formel : « la femme, y ont-ils dit, ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari » ; ils ont par là clairement établi l'inutilité d'un consentement par écrit (2).

Ces arguments ont sans aucun doute une grande force ; il en est cependant, à notre avis, un autre plus péremptoire. S'il nous était permis de prendre la défense d'un texte que la voix presque unanime des interprètes du Code a condamné comme incorrect et fautif, nour dirions que l'article 220, loin de renfermer, ainsi qu'on le soutient, une flagrante inexactitude, a eu précisément pour objet d'exprimer formellement la dérogation dont nous nous occupons. Voici en effet ce que porte ce texte : « La femme si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. » Erreur évidente, dit-on : La lecture de l'article donnerait à penser que la femme peut entreprendre un commerce et le gérer, sans même consulter son mari. Or l'approbation de celui-ci lui est incontestablement nécessaire (A. 4, C. co.) ; seulement cette approbation n'est soumise à

(1) Pothier : op. cit. n° 22.
(2) V. MM. Massé : le droit comm..., t. III, n° 167. — Demolombe : IV. 197.

Digitized by Google

aucune forme spéciale, il suffit qu'elle soit certaine, qu'elle soit établie par des circonstances quelconques, notamment par la publicité de la profession de la femme. Voilà tout ce qu'a voulu dire le législateur, ce qu'aurait dû exprimer l'article 220. — C'est aussi, répliquerons-nous, ce qu'il exprime ; les rédacteurs du Code venant de proclamer, dans l'article 217, que l'autorisation du mari ne résulterait jamais que de son concours dans l'acte ou de son consentement par écrit, ne pouvaient pas voir une autorisation *stricto sensu,* dans sa seule tolérance à l'égard de la femme commerçante. D'un autre côté, tout en proclamant que cette dernière n'a pas besoin d'autorisation, ils n'ont pas laissé d'indiquer la nécessité d'une approbation de fait, de la part du mari : « la femme, si elle est marchande *publique* », ont-ils dit, et non pas seulement : « la femme, si elle est marchande ». L'épithète est significative : la femme, pour bénéficier de l'article 220, pour contracter valablement sans autorisation, dans l'exercice d'une profession quelconque, doit s'y livrer publiquement, notoirement, de telle sorte que son mari en soit manifestement instruit.

En somme, à notre avis, la rédaction de l'article 220 ne renferme ni erreur, ni même négligence. Elle exprime, en des termes parfaitement exacts, la dérogation que le législateur, à l'exemple de l'ancien droit, a dû apporter, en faveur du commerce, aux règles ordinaires de l'autorisation tacite. Nous verrons bientôt que la capacité de la femme marchande publique est encore exceptionnelle sous d'autres rapports.

§ 3. — Règles communes aux deux espèces d'autorisation.

Une première règle, commune à l'autorisation expresse et à l'autorisation tacite, est que l'une et l'autre doivent être données, soit avant l'acte, soit dans l'acte même pour lequel la femme en a besoin. Ce principe dérive presque de leur définition : Dire en effet « autorisation », c'est dire : approbation d'un acte à accomplir, ou en train de s'accomplir, et non encore achevé. Si tel ou tel contrat passé par la femme, l'a été à l'insu du mari, l'assentiment qu'il y donne dans la suite est non pas une autorisation, mais une ratification. Aussi n'examinerons-nous que plus tard et en traitant de cette dernière, l'effet, du reste fort controversé, de l'approbation maritale relative à un engagement souscrit sans autorisation.

Digitized by Google

L'article 223 du Code civil, prohibant « toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage », énonce un second principe commun aux deux espèces d'autorisation, le principe de la spécialité. L'assentiment du mari, en toutes circonstances, doit être spécial, à peine de nullité. Mais que faut-il entendre par là? D'une généralité absolue à une précision parfaite il y a loin : entre les deux termes extrêmes, trouvent place une infinité de nuances : à laquelle s'arrêter? Le but de la loi peut aider, il nous semble, à résoudre la question. En exigeant la spécialité de l'autorisation, la loi sans doute s'est inspirée de la pensée qui lui avait dicté l'article 217 : elle n'a pas seulement voulu assurer la soumission, le respect de la femme pour les volontés des époux, elle a entendu protéger encore les intérêts généraux de la famille, et, dans ce désir, ne point laisser au mari la faculté d'autoriser une obligation dont il ne pourrait connaitre, prévoir les limites exactes. Aussi ne devrait-on pas seulement annuler, il nous semble, une autorisation générale d'acheter, ou de contracter des emprunts; l'autorisation d'acheter un immeuble déterminé, sans fixation du prix, ou, jusqu'à concurrence d'une certaine somme, un immeuble quelconque, ne serait point suffisamment spéciale, parce qu'elle ne remplirait pas le but de la loi. Le mari qui autorise tel ou tel acte doit ne point en ignorer les principales conditions, les avantages et les inconvénients essentiels; il faut que son approbation soit donnée en pleine connaissance de cause pour être, comme le Code l'a voulu, un mode efficace de surveillance et de protection (1). Remarquons, du reste, que le droit d'appréciation des tribunaux en la matière est très large, et qu'il ne saurait être enchaîné d'avance, *a priori,* par des règles bien précises.

La spécialité nécessaire à l'autorisation maritale entraîne diverses conséquences notables : tout d'abord elle nous paraît empêcher que le mari puisse confier à un tiers le vague mandat d'autoriser la femme à acheter ou à emprunter, par exemple. Si la loi en effet annule toute approbation générale directement donnée à la femme, c'est en même temps pour mieux sauvegarder les intérêts de la famille, et parce qu'elle considère une pareille approbation comme

---

(1) V. M. Demolombe : IV, 207, et les citations qu'il rapporte. — Cpr. MM. Aubry et Rau : V. § 472, n. 66.

Digitized by Google

une abdication illicite de la puissance maritale. Or n'y aurait-il pas une abdication toute semblable dans le mandat général dont s'agit? Et pourquoi tolèrerait-on celle-ci, en annulant l'autre? Le mari peut avoir, dans la raison et l'expérience de sa femme, autant de confiance que dans l'habileté du plus intelligent de ses amis; cette confiance peut être méritée. Il nous semble pourtant que le principe de la spécialité ne devrait pas être appliqué par le juge avec la même rigueur dans l'un et l'autre cas. Des deux raisons en effet qui ont porté le législateur à exiger la spécialité de l'autorisation directement donnée à la femme, savoir le droit de puissance du mari et le devoir de surveillance qui lui incombe, une seule, la première et certainement la plus large, commande la spécialité du mandat dont nous nous occupons. Ce mandat devrait donc être validé, quand même les principales conditions de l'acte à autoriser ne s'y rencontreraient pas toutes. En décidant autrement, l'on retirerait au mari la faculté d'autoriser sa femme par mandataire, puisqu'on supprimerait tout l'avantage que peut offrir aux époux cette manière de procéder.

La règle de la spécialité de l'autorisation maritale produit une autre conséquence qui mérite d'être signalée, la nullité de tout mandat général donné par la femme à son époux. Notre Code, en effet, n'a point exempté de ses prescriptions les actes qui se passent entre conjoints; il faut donc, en les supposant valables, ce qui, nous le verrons, n'est guère susceptible de controverse, les soumettre du moins aux dispositions générales de la loi. Alors, il est vrai, l'autorisation du mari résulte forcément de l'acte lui-même; elle en est une partie intégrante; mais il n'y a aucun motif pour cesser de la distinguer des autres éléments de l'acte, pour ne point la reconnaître comme une condition particulière et indispensable de sa validité. En résumé, les contrats entre époux sont soumis, tout comme ceux passés entre la femme et un tiers, au principe de l'autorisation maritale; ils doivent par conséquent satisfaire à toutes les exigences de la loi en la matière, et notamment à la règle de la spécialité.

Cela posé, il est certain qu'une femme mariée ne peut donner à un tiers un mandat général d'emprunter, par exemple. En vain dirait-on que ce mandat, comprenant une seule espèce d'actes, serait en réalité spécial. Peu importe la qualification du mandat : Ce qui est certain, c'est que l'autorisation du mari, dans de pareilles conditions, ne serait pas spéciale, au sens du Code; par suite elle serait frappée de nullité, et le mandat tomberait avec elle. Supposons

Digitized by Google

maintenant le mandat offert au mari : en l'acceptant, il autorise sa femme à le lui confier, mais son approbation est-elle moins générale que dans le premier cas ? Non évidemment ; elle n'est donc point valable, et le mandat est impossible. Le mari ne saurait, en dernière conclusion, recevoir de sa femme qu'une procuration spéciale, en vue de tel ou tel acte déterminé dans ses lignes essentielles. Et ce résultat, loin d'exciter nos regrets, nous paraît heureux et louable : un mandat général d'acquérir ou d'emprunter offrirait bien plus de dangers, entre les mains du mari, que dans celles d'un tiers ; car l'autorité, l'ascendant du premier, annihilerait presque toujours chez la femme la faculté de révocation, et l'on peut prévoir le nombre des femmes auxquelles serait extorqué un pareil mandat, pour leur ruine peut-être, et pour celle de la famille entière. Aussi la question, discutée dans l'ancien droit et implicitement résolue en ce sens par Pothier (*op. cit.* n° 70), fait-elle de nos jours peu de difficulté (1).

La loi n'annule pas comme trop général le mandat, que recevrait un mari, d'administrer les biens paraphernaux de sa femme ; tout au contraire, dans l'article 1539, elle suppose une procuration de ce genre, et dans l'article 1577 elle s'explique formellement sur sa validité. Est-ce à dire d'une façon absolue, que l'autorisation maritale appliquée à un mandat général d'administrer se trouve toujours revêtue d'un caractère suffisant de spécialité, que la femme notamment puisse recevoir un pareil mandat soit d'un tiers, avec l'assentiment du mari, soit de ce dernier lui-même, de manière à se trouver par là obligée vis-à-vis d'eux ? nous ne le pensons pas. Remarquons tout d'abord que le mandat général d'acquérir ou d'emprunter, donné à une femme, resterait dans tous les cas indubitablement, vis-à-vis d'elle, sans effet légal. Or, que la femme, au lieu de ce mandat, reçoive une procuration générale à l'effet d'administrer les biens d'un tiers : l'autorisation, qui dans le premier cas n'était pas suffisamment spéciale, le sera-t-elle beaucoup plus dans le second ? La gestion d'un patrimoine est ordinairement une tâche complexe, entraîne une foule d'actes fort divers à accomplir : des capitaux à toucher, des emprunts à contracter quelquefois, des aliénations même à effectuer. Si, en fait, le pouvoir général conféré à la femme

---

(1) V. MM. Demolombe : IV, 210. — Marcadé et Pont : VIII, n° 906. — Cass. 18 juin 1844. S. 44, 1. 492. — Cass. 18 fév. 1853. S. 53, 1. 145. — Contrà : Valette, *op. cit.* p. 345.

Digitized by Google

par un tiers ne comprenait, par la nature et le peu d'importance des biens à gérer, que quelques actes d'administration prévus, déterminés, alors l'autorisation du mari serait certainement spéciale au sens de la loi, et par conséquent valable. Il y a là une question d'appréciation abandonnée aux tribunaux. Mais si la gestion est un peu compliquée, il nous paraît impossible, en proclamant avec l'article 223, la nullité de toute autorisation générale du mari, de maintenir un assentiment donné par lui d'avance à une série d'actes multiples, importants, dont en définitive chacun aboutirait à une obligation nouvelle de la femme vis-à-vis de son mandant.

Les mêmes raisons s'appliqueraient de tous points au mandat général d'administration que le mari viendrait à confier à sa femme. Songera-t-on à objecter que l'article 1420 règle l'efficacité des dettes contractées par celle-ci en vertu de la procuration générale du mari, et semble par là en supposer la validité? — Mais ce texte, loin de déclarer la femme obligée vis-à-vis de qui que ce soit, par la procuration dont il s'occupe, a précisément pour unique objet d'écarter sa responsabilité vis-à-vis des tiers. Objectera-t-on encore que l'article 1577, permettant au mari de recevoir de sa femme un pouvoir général d'administrer ses paraphernaux, a considéré comme suffisamment spéciale dans tous les cas l'autorisation appliquée à un pareil mandat? — Nous répondrons que cet article a pu être inspiré par des raisons particulières, que la femme ayant ordinairement peu d'aptitude aux affaires de la vie civile, il fallait lui permettre de se décharger, par un mandat valable, sur son époux, de l'administration de ses paraphernaux. La même raison n'existe pas dans notre hypothèse ; sans doute le mari qui va s'absenter pour longtemps, peut avoir intérêt à confier à sa femme la gestion de ses biens, de ceux de la communauté, de ceux propres à la femme elle-même ; mais il le pourra parfaitement. Aux termes de l'article 1990, les tiers seront obligés envers lui par les actes de la femme mandataire, et comme il sera, lui aussi, obligé vis-à-vis d'eux, ils n'hésiteront pas à traiter avec elle. La femme seule ne sera pas liée envers son mari, elle ne répondra que de son dol et non de sa faute, dans l'exécution du mandat ; et, à ce point de vue, notre opinion offre l'avantage de justifier juridiquement un résultat auquel tendent, on le verra, les arrêts et les auteurs, par des chemins un peu détournés. Nous n'insisterons pas pour le moment sur cette matière ; de plus amples explications trouveront tout naturellement leur place, à l'occasion de la validité des contrats entre époux.

Digitized by Google

La spécialité de l'autorisation maritale domine le principe même de la liberté absolue des conventions matrimoniales. Les articles 223 et 1538 décident en effet que l'on ne peut y déroger par contrat de mariage. Notre Code a mis ainsi un terme aux difficultés qu'avait fait naître, sous l'ancien droit, la distinction entre les autorisations stipulées dans le contrat de mariage et celles postérieures à ce contrat. (V. Lebrun : liv. II. ch. I. sect. 4. n° 5.)

Il est cependant un cas, dans lequel le mari autorise valablement sa femme pour tout une catégorie très générale d'actes à accomplir ; c'est le cas de la femme commerçante. L'autorisation qui lui est nécessaire peut être expresse ou tacite ; tacite, elle résulte, nous le rappelons, par une brèche notable à la règle de l'article 217, de toute circonstance manifestant l'approbation, l'adhésion du mari au négoce de sa femme ; expresse ou tacite, elle échappe à la condition si importante de la spécialité (A. 220). Cette nouvelle dérogation aux principes est encore imposée par les besoins de la pratique : la femme commerçante est en effet tous les jours contrainte à un si grand nombre d'opérations, et celles-ci exigent une telle célérité qu'il lui serait bien difficile d'obtenir, pour chacune d'elles, le consentement de son époux. Mais l'article 220 limite l'exception aux engagements que la femme contracte « pour ce qui concerne son négoce », et de là surgissent deux questions importantes : 1° Quand pourra-t-on dire que telle ou telle obligation rentre dans cette catégorie d'engagements ? 2° A qui incombera, en cas de contestation, la preuve du caractère vrai de l'acte litigieux ? A la première de ces questions, l'article 220 nous semble répondre en des termes fort clairs. La femme marchande publique n'a pas seulement une pleine capacité pour les actes commerciaux, pour les engagements qni constituent précisément sa profession ; ayant la faculté de s'obliger « pour ce qui concerne son négoce », elle peut valablement souscrire tout engagement nécessité ou même occasionné par lui, s'y rapportant d'une manière assez directe pour que le mari l'ait vraisemblablement approuvé d'avance : par exemple acheter un immeuble en vue d'y installer une manufacture ou des magasins, faire élever des bâtiments dans ce but, *a fortiori* faire procéder à des travaux de réparations, d'agrandissement ou d'embellissement (1). Mais à raison même de la présomption d'autori-

(1) V. MM. Pardessus : Dr. comm. I, n° 19. — Demolombe : IV, 296. — Contrà : Vazeille : II, n° 238.


Digitized by Google

sation tacite, sur laquelle repose cette capacité particulière, il nous semble que la femme ne pourrait contracter, sans l'assentiment spécial de son époux, une société avec des tiers. Les rapports journaliers, indispensables entre associés, donneraient à cet acte une gravité exceptionnelle au regard du mari ; et celui-ci, en permettant à sa femme de faire le commerce, ne saurait être considéré comme ayant abdiqué son autorité d'une manière aussi absolue (1).

L'article 220 donne lieu, nous l'avons dit, à une autre difficulté. Une femme commerçante s'est obligée envers un tiers : actionnée par lui, elle prétend que son engagement n'a point été contracté pour les besoins de son négoce ; le créancier soutient le contraire. Auquel des deux imposer le fardeau de la preuve? Relativement aux billets souscrits par la femme, la question nous paraît résolue par l'article 638 du Code de commerce : faits par un commerçant, ils sont en effet censés l'avoir été pour son négoce. En vain dirait-on que cet article vise uniquement la commercialité de l'acte et non sa validité (2). L'une se déduit invinciblement de l'autre, en vertu de l'article 220. *A fortiori* ne peut-il y avoir de doute pour les actes dont la forme extérieure suffit à établir la nature commerciale, une lettre de change par exemple. Restent donc seulement les actes civils, ceux revêtus d'une forme civile, tels qu'un emprunt notarié : l'article 638 ne s'y applique pas expressément ; mais pourrait-on obliger à s'enquérir du but précis de la femme, les tiers qui lui prêteraient par devant notaire, alors qu'on n'y oblige pas ceux qui lui prêtent sur simple billet ? Ce but même, serait-il jamais possible de le bien connaître, et d'en rapporter la démonstration devant les tribunaux en cas de contestation ? On objecte que l'incapacité de la femme est la règle générale, que la preuve de l'exception incombe à celui qui s'en prévaut (3). Mais c'est là une déduction purement théorique, qui ne saurait tenir contre l'esprit certain de la loi; or la loi n'a pu vouloir proclamer un principe aussi défavorable aux femmes commerçantes, elles-mêmes. Elles sont en effet grandement intéressées à ce que les tiers, en traitant avec elles, soient assurés d'une parfaite sécurité. Cette raison est si puissante que les partisans mêmes de l'opinion adverse n'hésitent

---

(1) V. MM. Pardessus : I, 66. — Boistel : Précis, nº 98. — Cass. 9 nov. 1859, S. 60, 1. 74. — Contrà : M. Massé, II, nº 1121.

(2) V. M. Massé : II, nºˢ 1043 et 1119.

(3) V. Demante : I, 302 bis. I. — Marcadé : art. 220, nº 3.

Digitized by Google

point à renverser leur présomption, dans le cas où la femme a déclaré l'acte relatif à son commerce : ne serait-il pas étrange d'attacher un pareil effet à une telle déclaration, et les rigueurs de la loi doivent-elles être uniquement dirigées contre les ignorants ou les naïfs ? De là nous conclurons que les obligations souscrites par une femme commerçante méritent d'être toujours tenues, jusqu'à preuve contraire, pour relatives à son négoce, et par suite que cette preuve incombe dans tous les cas à la femme ou au mari demandeurs en nullité (1).

Leur suffirait-il même pour faire tomber tel ou tel billet, tel ou tel engagement de la femme, de prouver qu'ils ne concernaient point son négoce ? L'affirmative pourrait s'étayer sur une interprétation rigoureuse de l'article 220 ; mais la sécurité qu'il importe de maintenir dans les opérations commerciales, la faveur due aux tiers qui contractent avec une femme, sans avoir le moyen de pénétrer son intention secrète, l'intérêt même des femmes commerçantes, sont autant de motifs péremptoires à l'encontre de cette solution. Il nous semble donc que la vraie destination de l'acte une fois établie, les tiers devraient encore être admis à en écarter la nullité, en montrant qu'ils n'ont pu absolument pressentir la vérité à ce sujet (2).

La capacité exceptionnelle de la femme marchande publique communique un intérêt considérable à la question de savoir quand une femme peut être considérée comme telle. En principe « sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle » (art. 1 C. co.). Lorsque le mari n'est pas lui-même commerçant, les deux conditions suffisent pour assigner à la femme cette qualité. Dans le cas contraire, une troisième devient indispensable. « La femme, dit en effet l'article 220, n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé. » L'article 235 de la Coutume de Paris exigeait un commerce différent ; la rédaction moins sévère de notre article 220 a été probablement intentionnelle. Ainsi la femme peut être marchande publique, quoiqu'elle exploite le même genre de négoce

(1) V. MM. Valette : p. 342. — Bravard et Demangeat : I, p. 100. — Aubry et Rau : V. § 472, n. 73.

(2) V. Lebrun : liv. II, ch. I, sect. 1, n° 10. — M. Demolombe : IV, 302. — Contrà : Toullier, XII, n°s 249-250.


Digitized by Google

que son mari, mais il faut pour cela que les magasins des deux époux, que leurs intérêts commerciaux soient parfaitement distincts; l'hypothèse se présentera bien rarement.

La femme qui gère un commerce à la tête duquel se trouve son mari, n'est point réputée marchande publique. Presque toujours, en effet, elle n'a alors qu'un rôle secondaire, une volonté soumise à celle du mari. Aussi tous les actes qu'elle fait, les billets même qu'elle peut souscrire ne la lient point elle-même; ils n'obligent que ce dernier. Elle est assimilée à un préposé, à un mandataire, et le résultat de ses engagements est réglé, non d'après les principes de l'autorisation maritale, mais d'après ceux du mandat.

Y a-t-il là une présomption légale échappant à toute preuve contraire? Sans aucun doute; l'article 220 est absolument formel. Que décider cependant si les époux avaient contracté ensemble une société commerciale? Celle-ci est-elle valable, est-elle nulle? La jurisprudence tient pour la nullité. Elle se fonde sur ce qu'un pareil contrat blesse à la fois le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, et les droits dérivant pour le mari de la puissance maritale, droits auxquels il est défendu de déroger, même par contrat de mariage (A. 1388) (1). Cette solution est généralement combattue en doctrine, au moins sous cette forme absolue. Si l'on admet en effet, — et la chose n'est plus guère contestée, — que les contrats entre époux sont permis, sauf prohibition expresse du législateur, il nous paraît impossible d'annuler *a priori*, sans distinction, toute société stipulée entre eux. Il faut rechercher, pour chaque hypothèse, si le contrat peut être considéré comme une modification des conventions matrimoniales, question difficile, dans laquelle il y a lieu de s'inspirer et du régime nuptial des époux, et de la nature de la société qu'ils ont formée (2).

SECTION II

Des exceptions au principe de l'autorisation maritale

Les exceptions au principe de l'autorisation maritale sont de

---

(1) V. Cass. 9 août 1851, S. 52, 1. 281. — Paris, 24 mars 1870, S. 71, 2. 71. — M. Massé, II, n° 1267.

(2) V. MM. Marcadé et P. Pont : VII, n°s 35 à 38. — Tessier et Deloynes : Société d'acquêts, n° 9, n. 2.

Digitized by Google

deux sortes : il est des cas, en effet, où elle cesse d'être nécessaire à la femme qui s'oblige ; d'autres, au contraire, où elle ne suffit point à la relever de son incapacité.

§ 1. — Quand l'autorisation maritale n'est-elle pas nécessaire ?

La femme mariée échappe, dans une double série d'hypothèses, à la nécessité de l'autorisation maritale : d'une part, en effet, elle peut presque toujours, à défaut de cette autorisation, s'obliger avec celle de la justice ; d'autre part, dans certaines circonstances, elle s'engage très valablement seule, sans aucune autorisation.

N° 1. — Cas où la femme peut s'obliger avec l'autorisation de la justice.

En règle générale, toutes les fois que le mari se trouve, pour une raison quelconque, dans l'impossibilité d'autoriser sa femme, toutes les fois aussi qu'il refuse de l'autoriser, la justice peut, en connaissance de cause, se substituer à lui dans l'exercice de son droit. Les exceptions à cette règle sont peu nombreuses : il n'en existe que trois ; encore ne sont-elles pas toutes admises sans contestation.

Le rapprochement des articles 83. 6° et 1004 du Code de procédure civile, nous offre l'une d'elles : le premier déclare que les causes des femmes non autorisées de leurs maris doivent être communiquées au ministère public ; le second, que l'on ne peut compromettre sur aucune des contestations sujettes à cette communication. De là, il résulte qu'une femme ne saurait passer un compromis sans l'assentiment de son époux. (V. M. Laurent, III. 137).

Cet assentiment est également indispensable pour qu'une femme, non séparée de biens, puisse valablement accepter une exécution testamentaire (art. 1029). La loi a sans doute songé que l'exécuteur testamentaire n'est pas choisi par ceux dont les intérêts lui sont confiés, et qu'il ne peut être révoqué par eux sans raisons graves ; en conséquence, elle a voulu que sa responsabilité vis-à-vis des héritiers fût toujours sérieuse, et notamment qu'une femme mariée ne pût être investie de cette sorte particulière de mandat, si ses engagements n'étaient pas susceptibles d'être ramenés à exécution sur la pleine propriété de ses biens. Tel a été sûrement le but de l'article 1029, mais la règle qu'il exprime est loin d'y

Digitized by Google

répondre ; dans quelques cas elle conduit à un résultat injustifiable. Quoi qu'il en soit, elle est formelle et n'en doit pas moins être appliquée (Cpr. M. Demolombe IV. 247).

Il est une troisième hypothèse, dans laquelle les tribunaux n'ont point qualité pour autoriser, aux lieu et place du mari. « La femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari », dit l'article 4 du Code de commerce. Ce texte, à lui seul, suffirait presque à établir notre proposition ; mais la preuve qui en résulte est corroborée par le rapprochement de diverses dispositions du Code civil. Les articles 218, 219, 221, 222, 224 remettent au juge le pouvoir d'autoriser la femme à ester en jugement, à passer un acte, à contracter ; aucune de ces expressions ne comprend le cas où la femme demande à faire le commerce, et le silence de la loi est d'autant plus significatif que les raisons ne manquent pas pour le justifier. Autoriser la femme à exercer une profession, c'est lui accorder une capacité extrêmement étendue, et par là fort dangereuse (A. 5 et 7. C. co.); c'est l'exposer à la faillite, la soustraire dans une large mesure à la puissance maritale, lui permettre de modifier complétement ses habitudes, son genre d'existence, de vivre désormais beaucoup moins pour son mari, pour ses enfants, d'étendre à son gré le cercle de ses relations. Tout cela, il faut bien le reconnaître, mérite d'être pesé et apprécié souverainement par le mari. Sans doute, lorsque la femme est séparée de corps, ou même seulement de biens, lors surtout que le mari est absent ou incapable, on comprendrait que la justice se substituât à lui dans l'exercice de son droit. Mais ces distinctions, la loi ne les a point faites ; il n'appartient pas à l'interprète de les créer (1). La diversité des opinions dissidentes prouve mieux encore la fausseté de leur point de départ (2).

En dehors des trois hypothèses que nous venons d'examiner, les tribunaux ont toujours la faculté d'accorder leur autorisation, aux lieu et place du mari, soit que celui-ci refuse, soit qu'il se trouve dans l'impossibilité de donner la sienne. Cette impossibilité sera physique ou légale : physique, elle proviendra de l'éloignement du mari (A. 222); légale, elle n'est autre chose qu'une véritable incapacité (A. 221. 222. 224).

---

(1) V. MM. Aubry et Rau et leurs citations : V. § 472, n. 31.

(2) Cpr. Marcadé : I. art. 220, n° 1. — Duranton : II, 478. — Demante : I, n° 302 bis V. — Paris, 24 oct. 1844. S. 44, 2. 581. — Grenoble, 27 janv. 1863. S. 63, 2. 79.

Digitized by Google

En cas d'éloignement du mari, la justice peut-elle toujours être appelée à autoriser la femme? Ne faut-il pas que le mari soit en état de déclaration, ou tout au moins de présomption d'absence? La loi semble l'exiger dans l'article 863 du Code de procédure civile; mais les termes de l'article 222 ne font point cette précision, et l'on repousse en général cette étroite interprétation. Il n'est en effet guère admissible que la femme, par l'éloignement de son mari, ne puisse absolument faire un acte, même urgent, indispensable.

Il y a pour le mari impossibilité légale d'autorisation, dans les diverses hypothèses où la loi lui retire cette faculté. Cela a lieu d'abord quand il est mineur (A. 224): incapable de se protéger lui-même, il ne saurait alors protéger les intérêts collectifs de la famille. Nous avons déjà observé que l'ancien droit décidait autrement, et signalé l'innovation du Code sur ce point.

Est en second lieu privé du droit d'autorisation, le mari interdit (A. 222). Faut-il de toute nécessité qu'un jugement ait prononcé l'interdiction, pour rendre possible l'annulation de l'assentiment qu'il aurait donné, pendant un accès de folie par exemple? La question a été discutée, mais le texte de l'article 222 n'est pas, suivant nous, assez précis pour motiver une dérogation au droit commun en la matière. (V. M. Demolombe, IV. 223).

La femme peut, on le sait, être nommée tutrice de son époux (A. 507). Elle accomplit alors seule, pour le compte du mari, tous les actes qu'un tuteur pourrait faire seul, sauf les restrictrions apportées à ses pouvoirs par le conseil de famille (A. 507). Mais l'autorisation dont elle aurait besoin, pour s'obliger, si son mari avait conservé sa pleine capacité, elle ne peut se l'octroyer à elle-même, car le tuteur du mari interdit n'aurait pas qualité pour la lui accorder, n'exerçant pas la puissance maritale. Il est donc très naturel que, dans notre hypothèse, elle soit encore obligée de recourir à la justice.

Au mari interdit, l'on doit assimiler celui qui est retenu dans une maison d'aliénés, conformément à la loi du 30 juin 1838; sans oublier toutefois qu'il n'y a pas, contre les actes passés par ce dernier, une présomption absolue d'incapacité, comme celle formulée dans l'article 502 du Code civil (L. 1838, Art. 39).

En raison des motifs qui ont inspiré notre législateur, tant à l'égard du mari mineur que du mari interdit, il nous paraît hors de doute que le mari, pourvu d'un conseil judiciaire, serait incapable

Digitized by Google

d'autoriser sa femme, pour un acte rentrant dans la catégorie de ceux qui nécessitent l'assistance du conseil. Il n'y a pas à la vérité en ce sens de texte précis ; mais l'individu pourvu d'un conseil judiciaire est un demi-interdit, auquel peuvent en quelque sorte s'appliquer les termes de l'article 222 (1). Quant à l'opinion intermédiaire, qui permet au mari d'autoriser sa femme avec l'assistance de son conseil (2), elle nous semble entièrement insoutenable ; comment en effet prêter à la loi une pareille pensée, alors que, pour le cas identique de minorité du mari, elle exige l'autorisation de la justice et ne se contente pas de l'assistance du curateur.

Notre Code déclare enfin déchu du droit d'autoriser sa femme, le mari frappé contradictoirement ou par contumace d'une peine afflictive ou infamante, mais seulement « pendant la durée de sa peine » (A. 221). Ces dernières expressions montrent que le législateur, en écrivant l'article 221, n'a pas songé à la dégradation civique, peine pourtant infamante (A. 8. C. P.) ; car elle accompagne toute peine criminelle, et n'a d'autre terme que la mort du condamné, sauf l'hypothèse très rare de la réhabilitation. L'article 34 du Code pénal confirme cette induction, par le silence qu'il garde au sujet de la déchéance du droit d'autorisation, dans la liste des incapacités dérivant de la dégradation civique. De là tous les auteurs, à l'exception, croyons-nous, d'un seul (Delvincourt, I. p. 164), concluent que la dégradation civique, peine principale ou peine accessoire, ne doit en aucun cas être comptée au nombre de celles qui font perdre au mari le droit d'autorisation.

Relativement aux condamnations par contumace, l'article 221, quoique inexact encore dans ses expressions, ne donne lieu à aucune difficulté ; la « durée de la peine » s'entend de la durée de la contumace, c'est-à-dire du temps pendant lequel, la peine n'étant pas prescrite, le condamné en demeure menacé (A. 635, I. cr.).

Disons maintenant quelques mots des formes de l'autorisation de la justice. Et d'abord comment la femme triomphe-t-elle du refus injuste de son mari ? D'après le Code civil (A. 219), elle pouvait le faire « citer directement devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun », et ce tribunal

---

(1) V. MM. Aubry et Rau : V. § 472 n. 45. — Cass. 11 août 1840, S. 40, 1. 858. — Bordeaux, 16 juin 1869, S. 69, 2. 316. — Contrà : Duranton : II, n° 507.

(2) V. Magnin : des minorités, I, 909. — Paris, 27 août 1833, S. 33, 2. 562.

Digitized by Google

donnait ou refusait son autorisation, après que le mari avait été « entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil. » Postérieurement le Code de procédure (A. 861 et 862) a introduit des formes différentes, en ce qui concerne la femme « qui veut se faire autoriser à la poursuite de ses droits », c'est-à-dire à exercer une action en justice ; et comme il serait impossible de justifier rationnellement une différence quelconque, dans la procédure, en matière judiciaire et en matière extrajudiciaire, il est universellement admis que les nouvelles prescriptions des articles 861 et 862 doivent être appliquées dans tous les cas. Il serait superflu de les rappeler ici. Quant aux autres hypothèses où la femme est contrainte de s'adresser aux tribunaux, la loi ne les a pas toutes prévues; mais celles visées aux articles 863 et 864 permettent de régler les autres. Le jugement qui statue sur la demande d'autorisation de la femme doit-il être rendu à l'audience ou en la chambre du conseil? Et les conclusions du ministère public? Et les plaidoiries des avocats, s'il y a lieu? Et le rapport du juge-commis? Où tout cela doit-il s'accomplir? La question est très discutée ; le but de la loi disposant que le mari, quand il est entendu, l'est en la chambre du conseil; la nature toute domestique de la cause, l'intérêt des parties, les paroles mêmes prononcées par les orateurs du gouvernement, lors des travaux préparatoires (1), tout indique, selon nous, d'une manière certaine que la contestation doit se passer entièrement dans la chambre du conseil. Le jugement seul devrait, il nous semble, être prononcé en audience publique, car rien au regard de la raison et des textes, ne légitimerait sur ce point une dérogation aux règles ordinaires de la procédure (2).

L'autorisation de la justice doit évidemment être spéciale, comme celle du mari, les tribunaux en effet, appelés à exercer, aux lieu et place du mari, son droit d'autorisation, l'exercent naturellement sous des conditions identiques.

Rappelons enfin que toute autorisation, par définition même, est antérieure, ou du moins concomitante à l'acte auquel elle s'applique ; donnée postérieurement, elle n'est plus qu'une ratification. Nous aurons à rechercher, dans la suite de cette étude, l'effet d'une rati-

(1) V. Locré : Leg. civ. t. 23, p. 152.

(2) V. Cass. 1er mars 1858, S. 58, 1. 452. — Cass. 4 mai 1863, S. 63, 1. 424. — Cpr. M. Demolombe : IV. 256, et les citations qu'il rapporte.

Digitized by Google

fication opérée par la femme, avec le seul assentiment de la justice; alors nous exposerons la controverse à laquelle la question a donné lieu.

N° 2. — Cas où la femme peut s'obliger sans autorisation.

Malgré l'incapacité générale qui frappe la femme mariée, elle n'en est pas moins très valablement obligée, en certaines circonstances, sans aucune espèce d'autorisation. Il est des cas en effet, où la capacité du débiteur est indifférente à la validité de l'engagement; en second lieu la femme qui s'est réservé, par contrat de mariage. l'administration de tout ou partie de ses biens, peut traiter librement seule avec les tiers, dans la limite de cette administration.

I. Engagements ne supposant pas la capacité du débiteur.

Au nombre de ces engagements, figurent tout d'abord ceux qui dérivent de l'autorité seule de la loi, par exemple la gestion d'une tutelle, dans les hypothèses où cette charge est directement imposée à la femme par la loi elle-même. Celle-ci, en lui confiant de pareilles fonctions, doit, ce nous semble, être nécessairement présumée la rendre capable à cet effet; d'autant plus, que les obligations attachées à la délation d'une tutelle, existent indépendamment de l'acceptation de la personne qui en est investie. Aussi la question est-elle peu discutée (1).

La femme serait pareillement obligée, sans aucune autorisation, en vertu d'un quasi-contrat né du fait d'un tiers. Supposons par exemple que ses affaires aient été utilement gérées par un tiers : elle sera tenue, vis-à-vis de lui, suivant les règles du droit commun; car, le fondement de cette obligation ne résidant pas dans la volonté de la femme, les vices de sa volonté, l'insuffisance de son consentement, deviennent par là même tout à fait indifférents. Ainsi donc, que la femme ait en définitive profité ou non du service à elle rendu, que la chose conservée par exemple, grâce à l'entremise du tiers, ait ou non péri dans la suite, si cette entremise lui a été originairement utile, elle demeure incontestablement obligée.

---

(1) V. Cep. Duranton : II, 500. — Cpr. M. Laurent : III, 100.

Digitized by Google

L'opinion adverse repose sur une confusion manifeste de l'action *negotiorum gestorum contraria,* avec l'action *de in rem verso* (1).

Toute différente serait l'hypothèse d'un quasi-contrat produit par le fait personnel de la femme : alors en effet, c'est par sa volonté que la femme se trouverait liée, et l'article 217 nous paraît y mettre obstacle. On a cependant fait valoir en sens contraire d'excellents arguments. Le principe de l'autorisation, a-t-on dit, ne concerne que les obligations conventionnelles : les termes mêmes des articles qui le formulent y sont exclusivement applicables (A. 217. 219. 221. 222. 224. — 1124); puis n'y aurait-il pas une injustice flagrante, à refuser action contre la femme à ceux qui sont devenus ses créanciers à leur insu, et à leur infliger un préjudice, contre lequel il n'ont pu absolument se garantir, attendu qu'il a eu pour unique cause le fait personnel de leur débitrice ? (2) — L'on reconnaît généralement que notre législateur a entendu refuser à la femme le pouvoir de s'obliger par son fait, quel qu'il fût, sauf délit ou quasi-délit (3). L'ancien droit le décidait ainsi (Pothier : *op. cit.* 50); et le Code lui-même a appliqué ce principe dans l'article 776, en déclarant, de la manière la plus absolue, la femme incapable d'accepter une succession, sans y être autorisée par son mari ou par la justice. Quant aux articles 217, 219 et autres invoqués, on peut répondre qu'ils se réfèrent au *quod plerumque fit.* Enfin, l'accusation d'injustice, dirigée contre notre opinion, est moins sérieuse qu'il ne semble tout d'abord : le plus souvent en effet, la femme pourra être considérée comme coupable d'un quasi-délit, soit parce qu'elle se sera trop légèrement appliquée à sa gestion, soit parce qu'elle l'aura mal à propos abandonnée.

Le paiement indû soulève de plus sérieuses difficultés; non quand il a été effectué par la femme, car alors rien ne motiverait une dérogation au droit commun, mais quand il a été reçu par elle, des mains d'un tiers. Distinguons d'abord s'il a été reçu de bonne ou de mauvaise foi. De mauvaise foi : il constitue un délit, et par suite oblige la femme, tout comme un individu quelconque (A. 1378). De bonne foi : il ne doit, ce nous semble, obliger la femme, que

(1) V. Cep. Delvincourt : I, p. 163. — Duranton : II, 497.
(2) V. Toullier : II, 627. — Valette : sur Proudhon, I, p. 468.
(3) V. MM. Demante : I, n° 300 bis V. — Demolombe : IV, 181.

Digitized by Google

dans la limite du profit réalisé par elle de ce chef, soit qu'elle n'eût pas, aux termes de son contrat de mariage, capacité pour recevoir un paiement, soit qu'elle possédât au contraire cette capacité, se trouvant par exemple séparée de biens. Dans le premier cas en effet, le *solvens*, à le supposer réellement débiteur, ne se fût libéré, ou en d'autres termes n'eût lié la femme par son paiement, que dans la limite qui vient d'être indiquée ; son erreur, qui implique une faute de sa part, ne saurait lui procurer une situation plus avantageuse. Dans le second cas, on songera peut-être à dire que, capable de toucher le montant d'une dette, la femme est, par là même, capable de s'obliger à restituer, si la dette n'existe pas. Ce raisonnement serait exact, si l'aptitude légale à un acte impliquait aptitude à toutes ses suites possibles, mais il n'en est ainsi que des suites naturelles, et non des conséquences éloignées ou accidentelles, qui viennent à le dénaturer entièrement; or telle est précisément l'obligation de restituer, naissant d'un paiement : elle le transforme en une sorte de prêt. La femme n'est donc en aucun cas liée par un paiement indû, reçu de bonne foi, au delà de son enrichissement réel (1).

La règle de l'autorisation maritale est, on le devine, étrangère aux engagements qui prennent leur source dans le délit ou le quasi-délit de la femme; le mineur en effet s'oblige lui-même valablement ainsi (A. 1310). Mais la femme qui s'est présentée comme veuve ou non mariée, qui par là a décidé un tiers à contracter avec elle, est-elle coupable de délit, et peut-elle être poursuivie en exécution de ses engagements ? La négative n'est pas douteuse, quand la femme a seulement fait une fausse déclaration. La puissance maritale deviendrait autrement illusoire, et le but de la loi serait manqué. Du reste celle-ci s'est expliquée au sujet du mineur (A. 1307); et sa décision montre qu'elle a vu, dans la simple affirmation de capacité, un mensonge excusable et non un délit (2). Si au contraire la femme a employé des manœuvres frauduleuses, si elle a produit par exemple un faux acte d'autorisation, ou un faux acte de décès du mari, alors il y a incontestablement délit, et par suite obligation au préjudice de la femme. Reste à déterminer quel

(1) V. MM. Aubry et Rau : V. § 472, n. 22. — Demolombe : IV, 181.182. — Cpr. M. Laurent : III, 101.

(2) V. Cep. Marcadé : I, art. 225, n° 3.

Digitized by Google

doit être l'objet, le résultat exact de cette obligation : est-ce le maintien même du contrat ? Est-ce la réparation du préjudice causé par son annulation? Cette dernière opinion a été soutenue, mais elle est maintenant universellement abandonnée : il est en effet de toute évidence que la réparation la plus naturelle, la plus exacte, du dol de la femme, consiste dans le maintien pur et simple de ses engagements (1).

Lorsqu'une femme, mariée en France ou à l'étranger, est allée s'installer seule dans une contrée, et par une série de faux rapports, de fausses explications, s'y est fait passer pour non mariée ou veuve, la fraude est, il nous semble, assez nettement accusée pour obliger la femme à l'égard des tiers qui viendraient à contracter avec elle (2). Mais que décider, dans le cas où la femme n'a rien fait pour induire le public en erreur sur sa capacité, ou, vivant seule, elle a simplement laissé croire qu'elle n'était pas mariée? Il nous semble que les tribunaux alors auraient à s'enquérir du degré de consistance de l'erreur commune, et pourraient, à raison de celle-ci, reconnaître un délit dans la simple déclaration de capacité faite par la femme au tiers créancier (3).

Il nous reste à mentionner, au nombre des circonstances susceptibles d'obliger la femme, indépendamment de toute autorisation, le profit qu'elle viendrait à retirer d'un acte quelconque, au détriment d'un tiers. Nul ne peut en effet s'enrichir au préjudice d'autrui ; nous avons eu déjà l'occasion d'invoquer ce principe fondamental de logique et d'équité.

II. Administration par la femme de ses biens personnels.

La règle de l'incapacité de la femme mariée subit une exception importante, par suite du droit d'administration, dont elle est parfois investie, sur la totalité ou sur une partie de son patrimoine. Cette brèche peut exister sous tous les régimes, et se produire de deux façons bien différentes : dès l'origine de l'union conjugale, en vertu du contrat de mariage des époux ; au cours de leur union, en vertu d'une séparation de biens, prononcée elle-même directement ou comme l'accessoire obligé d'une séparation de corps.

---

(1) V. Pothier : nos 53-54. — Duranton : II. 495. — Demolombe : IV, 328.
(2) V. Cass. 30 août 1808, S. 1809, 1. 43. — Agen, 8 nov. 1882, S. 82, 2. 563.
(3) V. MM. Aubry et Rau : V, § 472, et les auteurs cités à la note 128.

Digitized by Google

Le droit d'administration dont nous parlons, appartient sans difficulté à la femme, sur la totalité de son patrimoine, en cas de séparation de biens judiciaire ou contractuelle ; sur tous ceux de ses biens, non stipulés dotaux, sous le régime dotal; et sous les régimes de communauté légale, conventionnelle ou d'exclusion de communauté, sur ceux d'entre ses biens, nommément déterminés par le contrat de mariage. Lorsque les époux ont adopté le régime dotal avec société d'acquêts, sans aucune précision relative aux paraphernaux, c'est une question controversée que de savoir si la femme en conserve la gestion. Dans l'esprit du Code, a-t-on dit, la jouissance des biens de la femme n'appartient jamais seule au mari, elle est inséparable de l'administration des mêmes biens ; or la stipulation d'une société d'acquêts fait passer au mari la jouissance des paraphernaux de son épouse. Du reste, ajoute-t-on, l'article 1581, relatif à cette stipulation, renvoie aux article 1498 et 1499, c'est-à-dire aux règles de la communauté réduite aux acquêts (1). Ce raisonnement pêche par sa base même. La stipulation d'une société d'acquêts ne donne point au mari la jouissance des paraphernaux de la femme : simplement accessoire au régime dotal, cette clause doit en laisser subsister toutes les règles, avec lesquelles elle n'est pas incompatible. Si le Code renvoie aux articles 1498 et 1499, ces derniers ne supposent pas nécessairement, dans les mains du mari, l'administration et la jouissance de tous les biens de la femme. Enfin une société d'acquêts, jointe au régime dotal, l'est d'ordinaire en faveur de celle-ci; il serait étrange qu'elle tournât à son détriment. Ainsi la femme, nonobstant une pareille clause, conserve l'administration de ses paraphernaux, sous la seule condition de verser au coffre des acquêts, la part non dépensée de ses revenus (2).

Quel que soit le régime adopté par les époux, quelle que soit aussi la source du droit d'administration de la femme, qu'il provienne des stipulations de son contrat de mariage, ou d'une séparation de biens judiciaire, l'extension de capacité qu'il lui confère est identique : la femme, investie de la libre gestion de la totalité ou d'une partie de son patrimoine (A. 1449, 1536), est par là nécessai-

(1) V. MM. Laurent : XXIII, 591. — Colmet de Santerre, : VI, nº 252 bis I.

(2) V. MM. Rodière et Pont : III, 2034. — Tessier et Deloynes : nº 167 bis III. — Cass. 15 juill. 1846, S. 46, 1. 849. — Cass. 14 nov. 1864, S. 65, 1. 31.

Digitized by Google

rement habilitée à s'obliger seule, pour les besoins de son administration ; les engagements contractés dans cette limite peuvent être ramenés à exécution, sur tous ses biens, meubles et immeubles, sans distinction. Tel est maintenant le sentiment unanime de la doctrine et de la jurisprudence (1), mais pendant longtemps la question a été fort discutée : nombre d'auteurs soutenaient que les créanciers de la femme n'avaient pour gage que le mobilier de leur débitrice, c'est-à-dire les biens dont elle pouvait disposer directement seule. Il y aurait contradiction, disaient-ils, à permettre à la femme de faire par un moyen détourné ce qu'on lui interdit de faire d'une manière directe ; or la femme séparée de biens est incapable d'aliéner ses immeubles sans autorisation (A. 1449), elle ne saurait donc être admise à les affecter valablement seule, au gage de ses créanciers (2). Le point de départ de cette argumentation était inexact : on conçoit à merveille qu'une personne puisse être incapable d'aliéner un bien, et cependant capable de l'engager, par une obligation contractée dans la limite de certains besoins. La faculté de vendre un immeuble sort un peu des bornes, même d'une libre administration ; celle de s'obliger valablement, sur tous ses biens, en fait au contraire partie intégrante, et le législateur ne pouvait la refuser à la femme, sous peine de lui rendre souvent impossible la gestion qu'il tolérait, ou même qu'il remettait entre ses mains.

Ne faut-il pas aller plus loin, et, en supposant établi dans tous les cas avec la majorité des interprètes le droit, chez la femme, d'aliéner seule avec une entière liberté le mobilier dont elle possède la gestion, ne faut-il pas lui permettre aussi de l'engager par des obligations de toute sorte ; en d'autres termes accorder action sur ce mobilier, aux tiers devenus ses créanciers, même pour une cause étrangère à l'administration de ses biens ? L'affirmative, longtemps triomphante en jurisprudence, procédait d'une erreur toute pareille à celle que nous venons de combattre. Lorsque la loi permet de faire un acte, disait-on, elle ne s'inquiète pas des moyens par lesquels il sera accompli : qu'il le soit directement ou indirectement, peu importe ; il n'en est pas moins toujours valable. La femme qui peut aliéner son mobilier, pour une cause quelconque, peut donc

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 516, et les citations rapportées n. 78.
(2) V. Marcadé : Art. 1449, n° 3. — M. Massol, *op. cit.* n° 21.

Digitized by Google

s'obliger aussi de la façon la plus absolue sur ce mobilier. Cet argument de raison est confirmé, ajoutait-on, par le texte de la loi : nulle part elle n'a prononcé contre la femme d'une manière spéciale, distincte, l'incapacité de s'obliger. Celle-ci n'est donc que la suite logique de l'incapacité d'aliéner, la seule que la loi ait formulée (1). De ces deux considérations, la dernière a été examinée, et réfutée, nous l'espérons, au début de notre travail. Reste donc seulement l'autre : y a-t-il inconséquence, comme on le dit, à prohiber relativement à un même acte, le moyen indirect, tout en permettant le moyen direct d'y aboutir ? Non certainement, quand l'un offre des dangers que l'autre ne présente point. Tel est ici le cas : La femme se résoudra difficilement à aliéner le mobilier qu'elle possède, parce que cette aliénation lui causerait une privation immédiate ; elle contracterait avec moins de peine des emprunts, des cautionnements, une obligation quelconque, parce que le résultat en étant plus éloigné, elle ne l'apercevrait pas aussi nettement. C'est contre ce péril que la loi a voulu la protéger. La doctrine a presque toujours été unanime en faveur de cette opinion, et la jurisprudence elle-même a fini par s'y ranger complétement (2).

La faculté, pour la femme qui administre son patrimoine, de s'obliger dans la limite de sa gestion, ne s'étend pas sans distinction à toutes sortes d'engagements. Il en est qui, par leur seule nature, lui sont absolument inaccessibles, quand même ils constitueraient en réalité des actes de bonne, d'excellente administration : telle est l'acceptation d'une succession (A. 776) ; il résulte aussi par argument, de l'article 2045, que la transaction n'est permise à la femme que sur des difficultés relatives à son mobilier, et de l'article 1004 du Code de procédure civile, que le compromis, malgré son affinité avec la transaction, lui est complétement interdit. Quelques auteurs, étendant le cercle de ces exceptions, ont essayé de soutenir que l'acquisition d'un immeuble, celle d'un usufruit ou d'une rente viagère, ne pouvaient en aucun cas être considérées comme rentrant dans le droit d'administration de la femme (3); mais ces distinctions, qui ne trouvent aucun appui sérieux dans les textes, et qui

---

(1) V. Zachariæ : § 516, texte et n. 57. — Cass. 18 mai 1819, S. 19, 1. 389. — Paris, 3 mars 1832, S. 33, 2. 371.

(2) V. MM. Aubry et Rau : V, § 516, et leurs citations, n. 77.

(3) V. Bellot des Minières : Contrat de mariage, III, p. 318. — M. Demolombe : IV n° 158.

Digitized by Google

ne nous semblent pas mieux fondées en raison, comptent peu de défenseurs (1).

Ainsi donc, sous la réserve des diverses hypothèses que nous avons indiquées, le juge appelé à statuer sur la validité d'un engagement de la femme, devra ne jamais s'inspirer que des faits de la cause, des circonstances particulières dans lesquelles aura été contractée l'obligation litigieuse, et du *quantum* de celle-ci, en le rapprochant de la valeur des biens soumis à la gestion de la femme.

§ 2. — Quand l'autorisation maritale n'est-elle pas suffisante?

L'autorisation maritale, qui en principe suffit à relever la femme de son incapacité, se trouve dans quelques cas impuissante à produire ce résultat. Comme on va le voir, la matière s'est prêtée à de nombreuses difficultés.

N° 1. — Incapacité du mari.

Il est tout une série de circonstances, où l'approbation maritale est absolument dépourvue de valeur : la loi retire en effet au mari mineur, interdit, condamné à une peine afflictive ou infamante, le droit d'autorisation. Nous nous bornerons ici à un simple rappel de ces diverses hypothèses ; elles ont été examinées en détail, quand nous avons recherché dans quels cas l'assentiment de la justice peut suppléer celui du mari. Nous avons dit alors qu'au mari interdit il convient d'assimiler, avec certaines distinctions toutefois, le mari pourvu d'un conseil judiciaire, et celui qui se trouve retenu dans un hospice d'aliénés.

N° 2. — Adoption du régime dotal.

L'adoption, par les époux, du régime dotal dans leur contrat de mariage, paralyse, du moins en principe, vis-à-vis de la dot, les engagements de la femme, nés, même avec l'autorisation du mari ou de la justice, postérieurement à la célébration de l'union conjugale. Le fondement de cette règle peut être discuté ; la règle elle-

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 516, texte et n. 59.

Digitized by Google

même est incontestable. Elle résulte, par un manifeste argument *a contrario*, de l'article 1558 (4e al.); en permettant l'aliénation de la dot pour payer les dettes de la femme antérieures au mariage, ce texte montre que la dot pourrait être exceptionnellement saisie, à raison de ces dettes ; que par suite, celles postérieures au mariage ne confèrent point le même droit aux créanciers. Où est le vice qui s'oppose à l'efficacité de ces dernières ? Est-il dans la personne de la femme? Est-il dans la nature du bien dotal, dans son inaliénabilité que proclame l'article 1554, et doit-on dire, avec la majorité des interprètes, que la défense d'aliéner directement la dot entraîne, à elle seule, la défense de l'aliéner indirectement par des dettes ? Grave question, de laquelle découlent nombre de conséquences fort importantes. Si l'inefficacité des obligations dont s'agit, à l'égard des biens dotaux, provenait de la qualité particulière de ces biens, ce n'est point ici, mais plus bas, dans notre deuxième chapitre, que nous devrions en traiter; si au contraire, comme nous le pensons, elle tire sa source d'une incapacité toute spéciale qui atteint la femme sous le régime dotal, c'est ici le lieu de s'en occuper, et de poser au moins le principe qui, sous ce régime, frappe d'impuissance, vis-à-vis de la dot, l'autorisation du mari et de la justice ; sauf à renvoyer, pour les diverses applications du principe, au second chapitre de notre travail.

La difficulté qui s'est élevée à ce sujet dans la doctrine et dans la jurisprudence, nous semble résolue, avec une logique irrésistible, dans les quelques lignes qui suivent :

« Il n'est pas nécessaire d'être capable d'aliéner pour conférer à ses créanciers le droit de gage général de l'article 2092, il suffit d'être capable de s'obliger. Des personnes incapables d'aliéner leurs biens ou certains biens sans obtenir une autorisation, ou sans accomplir certaines formalités, sont néanmoins capables de les affecter, en vertu de l'article 2092, à l'acquittement des obligations qu'elles contractent valablement..... Le tuteur ne peut pas aliéner les immeubles de son pupille, sans se conformer aux articles 457 et suivants ; néanmoins il les affecte valablement par les obligations qu'il contracte dans la limite de ses pouvoirs. Il en est de même du mineur émancipé et de la femme séparée de biens.

» Par conséquent l'insaisissabilité des immeubles dotaux, à raison des obligations contractées par la femme dotale pendant le mariage, ne s'explique ni par la nature du bien, ni par les règles auxquelles

Digitized by Google

il serait soumis. Nous ne pouvons la justifier dès lors que par des considérations tirées de la personne du propriétaire (1) ».

Ce raisonnement se fortifie encore par l'examen de diverses conséquences du régime dotal, soit expressément formulées dans le Code, soit unanimement admises en doctrine et en jurisprudence, lesquelles ne peuvent s'expliquer que par l'incapacité de la femme, et sont absolument injustifiables par la seule inaliénabilité de la dot. Si l'obstacle qui s'oppose au droit de saisie des créanciers postérieurs à la célébration du mariage résidait dans le bien lui-même, et non dans le titre de ces créanciers, il paralyserait aussi le droit des créanciers antérieurs ; la loi fait cependant entre eux une différence (Arg., art. 1558). Si l'obstacle résidait dans la totalité du bien, il devrait disparaître à l'égard de tous créanciers, après la dissolution du mariage ; le principe opposé n'est pourtant contesté de personne. Si l'obstacle ne dérivait uniquement d'un vice de l'obligation de la femme, peu importerait la nature intime de cette obligation, son origine contractuelle ou délictueuse ; or il est unanimement reconnu que les délits de la femme dotale donnent action à ses créanciers, contre la dot. Dans le même ordre d'idées, l'on pourrait faire valoir encore quelques arguments.

Il convient enfin d'observer que, de tout temps, en organisant le régime dotal, le législateur a voulu protéger la femme contre l'influence, l'ascendant du mari, contre sa propre faiblesse ; que de nos jours, le maintien de ce régime, si contraire aux intérêts généraux du pays, n'a sûrement pas d'autre raison d'être. Les travaux préparatoires du Code prêtent appui à cette considération.

En résumé, le vrai motif de l'insaisissabilité de la dot, au regard des créanciers de la femme, est l'incapacité de leur débitrice. Cette incapacité, d'une nature très spéciale, puisqu'elle n'existe que relativement à certains de ses biens, n'en est pas moins irrécusable ; elle s'atteste par la meilleure des preuves, par ses résultats (2). En principe, nous l'avons dit, l'autorisation du mari, comme celle de la justice, est impuissante à la lever. La loi cependant a formulé sur ce point diverses dérogations ; dans un petit nombre de cas déterminés elle a, sous certaines conditions, permis l'aliénation directe de la dot (A. 1555, 1556, 1557, 1558) ; celle-ci, dans les

(1) V. M. Deloynes : Revue crit. t. XI. 1882, p. 549.

(2) V. MM. Labbé : Rev. crit., IX, année 1856. — Gide : *op .cit.* p. 506 et s. — Deloynes : *op. cit.* — Contrà : MM. Demolombe : Revue Wolowski, II, année 1835. — Aubry et Rau : V, § 537, 1°. — Laurent : XXIII, 499. — Cpr. Bertauld : Rev. crit. XXIX. année 1866.

Digitized by Google

mêmes hypothèses et sous les mêmes conditions, peut indubitablement être affectée à l'acquittement d'une dette, d'un emprunt par exemple. D'autre part, — et là réside l'intérêt de la controverse que nous avons examinée, — l'incapacité de la femme dotale ne saurait vicier que les obligations nécessitant la capacité du débiteur ; son effet s'arrête à la limite de ces obligations. A ce point de vue, notre opinion se distingue profondément de celle qui ne voit, dans l'insaisissabilité de la dot, qu'une conséquence de la nature du bien, de son inaliénabilité. Nous nous bornons en ce moment à une indication rapide de la différence; les détails trouveront leur place, quand nous examinerons les droits des divers créanciers d'une femme mariée sous le régime dotal.

L'incapacité dont nous avons fait la preuve n'existe, remarquons-le, qu'à l'égard de la dot. Toute obligation, valable, selon les règles du droit commun précédemment exposées, ne perd donc point ce caractère, et l'acquittement peut toujours en être poursuivi sur la partie non dotale du patrimoine de la femme. Il en est ainsi dans le cas même d'une constitution de tous ses biens présents et à venir; le tiers devenu son créancier, avec l'autorisation du mari par exemple, possède contre elle un titre d'une valeur indiscutable, malgré les chances d'inexécution auxquelles il est exposé. L'opinion adverse a toutefois été soutenue, mais sans succès. Le régime dotal, a-t-on dit, frappe la femme d'une certaine incapacité. Plus la constitution comprend de biens, plus son incapacité est considérable. Les comprend-elle tous; cette incapacité devient absolue, radicale. — Ce n'est là qu'une fausse apparence. Malgré la constitution universelle de son patrimoine présent et à venir, la femme pourra posséder un jour des biens qui n'auront jamais été dotaux, tous ceux par exemple qui lui surviendront après la dissolution du mariage. A l'égard de ceux-là, il faut déclarer pleinement valable le droit du créancier dont s'agit, car étendre l'incapacité de la femme dotale au delà des limites que lui assignent les textes, c'est corriger la loi, la refaire, la violer (1).

Supposons que les époux, dans leur contrat de mariage, aient déclaré en termes formels que la femme serait absolument incapable, soit de cautionner son mari, soit même plus générale-

---

(1) V. MM. Aubry et Rau, et les autorités citées par eux : V. § 538, n° 37. — Contrà : M. Gide, *loc. cit.*

Digitized by Google

ment de s'obliger vis-à-vis de personne. Cette clause est-elle valable ? Est-elle nulle ? Au premier abord on ne conçoit pas qu'une discussion ait pu s'élever à ce sujet. Nul n'est maître de disposer à volonté de son état, de se rendre capable ou incapable, pour l'avenir, de s'obliger ; car toutes les règles relatives à la capacité des personnes sont manifestement d'ordre public : partant, il est défendu d'y déroger (A. 6). La faveur due aux conventions matrimoniales justifierait-elle une exception au droit commun sur ce point? — Mais l'article 1388 interdit aux époux toute disposition contraire aux règles prohibitives du Code, par conséquent à l'article 6 que nous venons d'invoquer. La question paraît donc indiscutablement résolue. Cependant la Cour de Paris, dans deux arrêts presque célèbres (17 nov. 1875, S.76. 2. 65. et 6 déc. 1877, S. 78. 2.161), s'est prononcée pour la validité de notre clause. Cette opinion repose, on le devine, sur celle que nous venons de combattre au sujet de la constitution de tous les biens présents et à venir de la femme. Elle puise là son unique argument, péremptoire du reste si le point de départ en était exact. Admet-on en effet qu'une pareille constitution produise chez la femme une incapacité absolue, radicale, de s'obliger : il n'existe guère de motif pour empêcher les époux de stipuler cette incapacité dans des termes quelconques, et sous quelque régime que ce soit, de la restreindre même à une certaine catégorie d'obligations, aux cautionnements par exemple. Mais nous venons de montrer que le régime dotal n'offre à la femme la faculté de se déclarer incapable que relativement à certains biens ; et cette faculté, dérogeant à un principe d'ordre public, ne saurait être étendue au delà des limites que lui a fixées le législateur. Aussi M. Valette écrivait-il, en 1878 : « La nullité de l'obligation d'une femme mariée majeure, autorisée de son mari, nullité que l'on tirerait des conventions matrimoniales de cette femme, est une monstruosité inconnue jusqu'à ce jour, et que, à coup sûr, la Cour de cassation ne laissera pas se glisser dans la jurisprudence (1). » La Cour suprême a entendu cet appel : un arrêt du 22 décembre 1879 (S. 80. 1. 125) a rétabli les vrais principes en la matière, et probablement épuisé la discussion pour l'avenir.

---

(1) V. Mélanges, I, p. 525. — V. aussi MM. Lyon-Caen, note dans Sirey, (78.2.161). — Vavasseur : Revue crit., VII, année 1878.

Digitized by Google

N° 3. — Hypothèses diverses et controversees.

L'autorisation maritale est évidemment impuissante à relever la femme des incapacités qui l'atteignent à un autre titre que celui de femme mariée; elle est également impuissante à la relever de l'effet des prohibitions spéciales de la loi, relativement à telle ou telle obligation déterminée.

La femme est-elle interdite par exemple : elle perd alors l'exercice de tous ses droits, et l'approbation du mari ne trouve plus l'occasion de s'exercer. Devenu de plein droit le tuteur de son épouse (A. 506), il la représente comme un tuteur ordinaire, dans chacun des actes qui la concernent. Si par hasard il est excusé, exclu ou destitué de ses fonctions, elles sont confiées à un étranger; mais celui-ci, bien qu'il agisse aux lieu et place de la femme, pour elle et en son nom, n'est jamais obligé de solliciter l'assentiment du mari : cette exigence ne se justifierait, en effet, par aucun des motifs qui légitiment le principe de l'autorisation maritale.

La femme est-elle mineure : émancipée de droit par son union, elle n'en est pas moins soumise à une double incapacité. Comme femme mariée, elle doit être, en toute occasion, autorisée de son époux; comme mineure, elle a besoin pour certains actes de l'assistance de son curateur, et pour d'autres, de l'assistance du conseil de famille ou même de l'homologation du tribunal. Le mari majeur est, tout le monde en convient, malgré le silence du Code, le curateur légal de sa femme; il l'autorise donc quelquefois en la double qualité de mari et de curateur (A. 482); il ne l'autorise jamais en la qualité unique d'époux, car la règle de l'autorisation maritale est précisément étrangère aux actes que le mineur émancipé peut valablement accomplir seul (A. 481, 484).

L'approbation du mari est, avons-nous dit, dépourvue de toute valeur à l'égard des engagements de la femme, qui ont été l'objet d'une défense particulière de la loi. Ainsi notre Code interdit en principe, et sauf un très petit nombre d'exceptions, le contrat de vente entre époux (A. 1595); il ne leur permet point de se faire des donations irrévocables (A. 1096); dans ces deux cas l'assentiment même de la justice, assentiment qu'elle ne donnerait d'ailleurs que trompée sur le véritable but des époux, serait évidemment frappé d'impuissance. Mais à côté de cette double prohibition expresse du législateur, il est quelques hypothèses, où l'efficacité

Digitized by Google

de l'autorisation maritale a donné lieu à de sérieuses discussions. Telle est celle d'une promesse de garantie relativement à l'aliénation d'un bien dotal ; telle encore celle d'un engagement contracté par la femme envers son mari, en dehors du cercle d'application des deux articles qui viennent d'être mentionnés.

I. Obligation de garantie relativement à l'aliénation d'un bien dotal.

Lorsqu'un bien de la femme, vendu par elle, l'a été valablement, légitimement, la garantie est due sans contredit à l'acquéreur, d'après les règles du droit commun. Lors au contraire que le bien aliéné par la femme était dotal, c'est une question fort débattue que celle de savoir si l'acquéreur, évincé sur la demande de l'un des époux, a droit encore à une indemnité. Si la femme lui a seulement laissé ignorer la dotalité, sans s'obliger expressément à aucune garantie, la négative ne peut faire de doute. Elle résulte de la comparaison des deux alinéas de l'article 1560, presque aussi formellement que d'une disposition expresse (1). La femme ne serait même pas tenue alors de rembourser à l'acquéreur le prix par lui payé, à moins qu'il ne prouvât que ce prix a réellement tourné à son profit (2). Mais la garantie nous paraît due, quand la femme s'y est obligée en termes précis, avec l'autorisation du mari, sur ses paraphernaux. L'opinion contraire, longtemps admise en jurisprudence, a été enfin abandonnée et avec raison, bien qu'elle ait trouvé aussi dans la doctrine des défenseurs. L'on invoquait en ce sens les règles du droit de Justinien (nov. 61 §§ 2 et 4) ; rien dans notre Code, disait-on, ne révèle une modification de ces vieux principes, et d'ailleurs logiquement la nullité de l'aliénation, c'est à dire de la clause principale du contrat, entraîne aussi la nullité de la clause accessoire de garantie (3). — A ces considérations il a été victorieusement répondu que la femme peut librement disposer de ses paraphernaux, avec l'autorisation de son mari, qu'il faudrait un texte pour lui interdire cette faculté dans le cas spécial dont s'agit, que ce texte n'existe pas ; qu'au surplus l'inaliénabilité de la dot n'a d'autre fin que sa conservation, et qu'en frappant de nullité la

(1) V. Cep. Taulier : V, p. 336.

(2) V. Tessier : de la dot, p. 48. — MM. Rodière et Pont : III. 1880.

(3) V. Marcadé : VI. art. 1560, nº 4. — Troplong : IV. nº 3544. — Limoges, 10 fév. 1844, S. 45, 2. 28. — Agen, 17 juill. 1848, S. 48, 2. 602.

Digitized by Google

promesse de la femme relativement à la garantie, l'on dépasserait très certainement le but du législateur (1).

Lorsque la femme, en s'obligeant formellement à la garantie, n'a cependant pas exprimé qu'elle entendait s'obliger ainsi sur ses paraphernaux, elle n'en doit pas moins être tenue, selon nous, si elle possède des paraphernaux, et que la clause de garantie insérée dans le contrat ne soit pas seulement une clause de style. Mais la question devient plus délicate, si l'on suppose que cette femme n'ait point de paraphernaux ; plus encore, si tous ses biens présents et à venir sont dotaux. Il nous semble pourtant qu'elle ne doit pas, même alors, recevoir une autre solution. Le pacte de garantie, auquel la femme a accédé, s'analyse-t-il en une clause purement de style : il ne mérite assurément de produire aucun effet. Est-il certain, au contraire, — ce qui sera d'ailleurs très rare, — que ce pacte a été inséré dans la vente, sur les instances particulières de l'acquéreur, pour obliger la venderesse envers lui dans toute la limite du possible : la femme, malgré les chances d'inexécution d'un pareil engagement, est, à notre avis, liée comme si elle s'était obligée pour toute autre cause. Nous ne verrions pas la raison d'une différence.

II. Obligations contractées par la femme envers le mari.

On sait que, dans deux cas au moins, l'obligation contractée par une femme envers son mari n'est point valable, en vertu des articles 1595 et 1096 du Code civil. Y a-t-il là deux exceptions impliquant une règle générale tout opposée, ou bien au contraire faut-il dire qu'il est en principe défendu à deux époux de passer ensemble un acte quelconque? La question, autrefois vivement controversée, est maintenant à peu près unanimement résolue. Pour établir la validité des contrats entre époux, il nous paraît inutile de remonter au droit romain et à notre ancien droit : le premier, du reste, nous serait manifestement favorable (2); le second offre dans ses auteurs des opinions contradictoires (3).

---

(1) V. Odier : III, n° 1346. — Tessier : II, p. 76 et s. — MM. Rodière et Pont : III 1880. — Cass. 20 juin 1853, S. 54, 1. 5. — Montpellier, 2 mai 1854, S. 54, 2. 687.

(2) V. ll. 7, § 6, D. XXIV, 1. — 16, § 3. D. XXXIV. 1. — 9, § 3, D. XXIII. 3.

(3) Cpr. Dumoulin : sur l'a. 256, n° 5 de la cout. de Paris, I, p. 908. — Basnage : sur l'a. 411 de la cout. de Normandie, II. — Lebrun : de la communauté, liv. II, ch. I, sect. III, n° 36.

Digitized by Google

L'un et l'autre, si utiles parfois à consulter pour l'interprétation d'un texte, deviennent indifférents, quand il s'agit d'introduire dans nos Codes une distinction qui n'y est très sûrement pas. L'article 1123 C. C. déclare en effet que « toute personne peut contracter, si elle n'en est déclarée incapable par la loi »; or, aucune disposition législative ne prononce contre la femme une incapacité générale de contracter avec son mari. Donc cette incapacité n'existe point. Et ce n'est pas seulement le silence de la loi qui impose cette solution; maints articles militent encore dans le même sens. Plusieurs supposent entre époux la possibilité de divers contrats (A. 1096. 1435. 1451. 1577); ceux mêmes qui ont pour but d'en prohiber quelques-uns (A. 1096. 1395. 1595), nous semblent par là démontrer la légitimité de tous les autres. Ajoutons enfin qu'on ne saurait, sans s'exposer à blesser gravement les intérêts des deux époux, leur interdire d'avance et d'une manière absolue tout contrat. Le bail, par exemple, leur est souvent fort utile; et puis, il peut arriver que des intérêts indivis, à eux échus, exigent un arrangement immédiat. « Faut-il créer là une situation sans issue, sans dénouement possible, pendant toute la durée du mariage? » demande M. Demolombe (IV. n° 235). La réponse n'est guère discutable. Ainsi, à part quelques dérogations résultant de textes précis, il n'est point interdit à deux époux de contracter ensemble; et la femme, sous cette réserve, possède par suite la faculté de s'obliger valablement envers son mari.

Mais cette faculté n'est-elle pas subordonnée à l'autorisation de la justice? Sur ce point encore s'est élevée une controverse, maintenant assoupie, comme la précédente, après de vifs débats. Dans les premières années du Code, quelques esprits avaient poussé la rigueur jusqu'à exiger l'autorisation de la justice, même pour les obligations souscrites par une femme vis-à-vis d'un tiers, dans l'intérêt de son mari (1). Les arguments émis en faveur de cette doctrine étaient du reste les mêmes que ceux présentés, au sujet des engagements de la femme envers le mari; en exposant et réfutant ces derniers, nous réfuterons donc du même coup les autres. Or, à vrai dire, ces arguments se réduisent à un seul; car le motif déduit de l'article 1427 était tellement invraisemblable et inadmissible que peu, même d'entre les partisans du système que nous

(1) V. Turin, 17 déc. 1808, S. 10, 2. 17.

Digitized by Google

combattons, se résolvaient à l'invoquer (1); il serait superflu de le rappeler. Mais l'on faisait valoir une deuxième considération plus sérieuse : il est impossible, disait-on, qu'un mari habilite sa femme à s'obliger envers lui, parce que celle-ci, ordinairement soumise à ses volontés, serait livrée par là sans défense, aux plus redoutables dangers ; le Code ne renferme, à la vérité, pas de texte formel en ce sens, mais la règle « *nemo potest esse auctor in rem suam* » doit certainement ici être appliquée ; si le législateur ne l'a point exprimée en la matière, c'est qu'il en avait déjà fait ailleurs l'application, c'est aussi qu'elle n'a pas besoin d'être écrite, tant a de force, d'évidence, la vérité qu'elle consacre. — L'argument nous paraît bien peu solide. La maxime invoquée n'a été établie par les jurisconsultes romains qu'au sujet de la tutelle ; aussi dans l'ancien droit Pothier l'écartait-il sans peine, en rappelant la différence capitale de nature qui séparait l'autorisation du tuteur et celle du mari (*op. cit.* n° 42). De nos jours, il est vrai, la puissance maritale n'a plus pour base unique la soumission de l'épouse, mais aussi la protection des intérêts collectifs de la famille. Il n'en existe pas moins une distance considérable de l'autorisation du tuteur, uniquement requise au profit du mineur, à cette puissance organisée bien plus en faveur du mari et des enfants que de la femme elle-même. Au surplus, nulle part le Code n'a formulé la prétendue maxime *nemo potest.....;* comment dès lors se fonder sur elle pour justifier une si grave dérogation aux principes généraux ? Nous ne nions pas le danger que peut offrir la faculté pour le mari d'autoriser sa femme dans les obligations contractées à son profit ; il eût été plus sage d'exiger à leur égard l'assentiment de la justice, nous ne le contestons pas. Mais l'interprète n'a qu'un devoir : appliquer la loi, même imparfaite, même fautive, quand elle est certaine ; ici elle n'offre pas de doute sérieux. Ajoutons enfin que, postérieurement au Code civil, un décret du 17 mai 1809 a permis à la femme de constituer, avec la seule approbation de son mari, un majorat au profit de celui-ci ; c'est là un dernier argument en faveur de la doctrine que nous venons de défendre, et qui du reste, en ce moment, n'est plus guère discutée (2).

Il importe maintenant de faire observer que, si la femme peut,

---

(1) V. Cass. 8 nov. 1814, S. 15, 1. 87.

(2) V. MM. Aubry et Rau : V, § 472, n. n. 46 et 47. — Demolombe : IV, nos 281 et s.; et les autorités citées par eux.

Digitized by Google

sous la seule autorisation du mari, contracter envers lui des obligations pleinement valables, cette autorisation lui est du moins indispensable. Or elle n'est pas, on le sait, un assentiment ordinaire, une approbation quelconque du mari, approbation qui résulterait manifestement de l'acte même où il aurait été partie contractante ; mais un assentiment d'une nature spéciale, soumis à des règles étroites en vertu des articles 217 et 223. A ces règles la loi n'a en effet apporté aucune exception pour les actes accomplis entre époux ; il faut donc faire à ceux-ci une entière application du droit commun, notamment du principe de la spécialité, tel qu'il a été défini, et de la prohibition de la preuve testimoniale, prohibition qui obligera les époux à constater par écrit toute convention passée entre eux, quelle qu'en soit la valeur. Au surplus, les deux exigences du Code se justifient mieux encore ici que dans le cas général : la première aboutit à une protection plus efficace des intérêts de la famille ; la deuxième à une diminution du nombre des procès entre époux ; l'une et l'autre sont avantageuses, morales, évidemment conformes au désir de notre législateur.

En ce qui concerne le contrat de mandat, ces idées renferment, croyons-nous, la solution de bien des difficultés qui embarassent la jurisprudence et les auteurs. La femme qui reçoit un mandat de son époux, assume-t-elle envers lui toutes les obligations d'un mandataire ordinaire ? Distinguons les diverses catégories d'actes, en vue desquels le mandat peut être donné.

A-t-il pour objet un acte particulier, tel qu'un emprunt à réaliser : L'autorisation du mari sera suffisamment spéciale, et le mandat pleinement valable à l'égard de la femme, pourvu toutefois que l'acte, à elle confié, ait été déterminé par les termes du contrat, au moins dans ses lignes essentielles. Telle est, en effet, la rigueur avec laquelle il convient, nous l'avons vu, d'apprécier la spécialité nécessaire à l'autorisation maritale. Par conséquent, le mandat que recevrait une femme, à l'effet de placer le prix d'un de ses propres aliénés, sans spécification d'aucune condition particulière à observer, serait nul vis-à-vis d'elle ; et le mari devrait répondre des suites du placement, n'être point admis à se prévaloir d'une simple faute de la femme. Ce résultat spécial est du reste consacré par la jurisprudence (1); mais elle le justifie par de tout autres motifs, que nous allons bientôt examiner.

---

(1) V. Cass. 8 fév. 1853, S. 53, 1. 33. — Cass. 25 nov. 1868, D. P. 69, 1. 148.

Digitized by Google

Supposons maintenant que le mari donne à sa femme un pouvoir général d'emprunter pour lui par exemple : l'autorisation alors manque de spécialité, et la femme ne saurait être tenue des suites d'une pareille convention.

Enfin le mandat accepté par elle peut porter sur la gestion d'une certaine quantité de biens, de ceux par exemple dont le contrat de mariage a remis l'administration au mari, des biens de la communauté, ou même, suivant le régime, des biens propres de l'épouse. Dans cette hypothèse, l'on s'accorde presque unanimement à annuler, quoique avec une rigueur diverse, à l'égard de la femme, le mandat donné par le mari. Autrement, dit-on, l'on fournirait à celui-ci un moyen trop aisé de se décharger des obligations que lui impose le pacte matrimonial. En conséquence, les uns déclarent la femme uniquement responsable de son dol et des sommes dont elle aurait disposé dans son intérêt personnel ; ils la dispensent entièrement de l'obligation de rendre compte (1). D'autres, un peu moins larges, exigent un compte, mais non détaillé ni appuyé de pièces justificatives (2). D'autres enfin, plus sévères, veulent que la femme rende compte d'après le droit commun, et la délient à ce seul prix de toute responsabilité (3). Ces divisions, dans la doctrine et la jurisprudence, nous paraissent révéler que l'on ne s'est pas suffisamment attaché aux principes du Code en la matière, que la lettre de la loi a été abandonnée pour des considératious de pure raison, de pure équité. Le mari, dit-on, ne peut avoir la faculté de se soustraire, par le moyen d'un mandat, au devoir d'administration qu'il a volontairement assumé, aux termes de son contrat de mariage, soit sur les biens de la femme, soit sur ceux de la communauté. Cet argument est-il péremptoire? L'administration, par le mari, de certains biens est pour lui un droit autant qu'un devoir ; c'est une stipulation faite dans l'intérêt commun des époux. Or, si l'on reconnaît en principe la validité du mandat confié par l'un des deux à l'autre, pourquoi l'interdire dans le cas particulier qui nous occupe ? Nous faisons abstraction, en ce moment, de tout motif tiré de la spécialité de l'autorisation maritale, parce que l'on n'a point songé, à notre connaissance, que là peut-être résidait le nœud

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 509, 1°. c. — Aix, 15 janv. 1838, D. P. 1838, 2. 149. — Orléans, 20 janv. 1859, S. 59, 2. 273. — Besançon, 18 nov. 1862, S. 63, 2. 107.

(2) V. Bordeaux, 14 juin 1853, D. P. 1854, 2. 39.

(3) V. MM. Rodière et Pont : II, 791. — Dutruc : note dans Sirey (S. 59, 2. 273.)

Digitized by Google

de la difficulté. Puis dans le système de la jurisprudence et des auteurs, que décider, au cas où la femme reçoit mandat de gérer, non plus les biens de la communauté ou ses biens personnels, mais le patrimoine propre du mari? Alors on ne peut plus dire que le mari essaie de se soustraire à une obligation dérivant pour lui du contrat de mariage; il faudrait donc admettre l'absolue validité du mandat, ce qui serait une évidente inconséquence.

En face de pareilles difficultés, certains auteurs ont cru devoir renoncer à une situation privilégiée, pour la femme qui accepte du mari un mandat général d'administration, et la déclarent tenue envers lui dans tous les cas, suivant les règles ordinaires du droit (V. M. Laurent, XXII. 102 et s.). La femme, d'après eux, doit toujours rendre compte, et répond, non pas seulement de son dol, mais encore de sa simple faute, sauf la faculté laissée aux juges d'apprécier celle-ci avec une rigueur tempérée, parce que le mandat sera ordinairement gratuit (A. 1992). — Cette théorie fait-elle une assez large part à la protection de la femme, et aux principes de véritable justice dont l'interprète a le devoir d'assurer le triomphe, quand il est possible de les concilier avec la lettre de la loi ? Nous ne le pensons pas. Selon nous, on peut, en recourant à la règle de la spécialité de l'autorisation maritale, donner aux intérêts qui se heurtent en la matière, une très équitable satisfaction. Si la gestion confiée à la femme se réduit à quelques actes faciles et peu importants, l'autorisation du mari sera suffisamment spéciale; le mandat produira donc, vis-à-vis de la femme, tous ses effets ordinaires. Mais si la gestion comporte des actes d'une variété et d'un gravité considérables, l'autorisation du mari n'a plus alors une spécialité suffisante. Par suite, la femme mandataire n'est point obligée envers son mari, et pourvu qu'elle s'abstienne de tout dol, n'encourt aucune responsabilité. En traitant du principe de la spécialité de l'autorisation, nous avons justifié par avance l'application que nous en faisons en ce moment; nous avons alors exposé, et espérons avoir résolu les objections possibles contre notre opinion. Nous ne nous attarderons pas à en présenter ici de nouveau la défense.

Quand la femme contracte en vertu d'un mandat de son époux, que ce mandat soit ou non valable vis-à-vis d'elle, les tiers n'en sont pas moins toujours obligés envers le mari ; celui-ci l'est aussi envers eux (A. 1190). Mais en aucun cas, la femme ne peut, sauf délit ou quasi-délit, devenir leur débitrice personnelle, et cela, conformé-

Digitized by Google

ment aux règles du droit commun. Il importe donc essentiellement, à ce point de vue, de distinguer le mandat de l'autorisation maritale. Le mandat exprès du mari n'a donné lieu dans la jurisprudence, et ne pouvait donner lieu à aucune confusion ; le mandat tacite s'est au contraire prêté à quelques erreurs (1). Ce mandat est celui qui dérive de la seule situation des époux, l'un par rapport à l'autre ; qui, pour exister, n'a besoin d'être l'objet d'aucune convention expresse. On reconnaît presque unanimement par exemple que la femme a un mandat tacite du mari pour l'achat journalier des vivres, denrées et objets de toute espèce, nécessaires à la subsistance ou à l'entretien de la famille. La définition très large de l'autorisation tacite, qu'adopte, comme nous l'avons vu, la majorité des Cours d'appel, favorise la confusion de cette autorisation, avec le mandat dont nous parlons. Mais si le sens que nous avons assigné aux termes de l'article 217 est exact, il ne peut y avoir de difficulté sérieuse. L'autorisation tacite résulte uniquement de la participation du mari à l'acte écrit qui constate l'obligation de la femme ; or les engagements pris par cette dernière, en qualité de mandataire de son époux, sont contractés hors la présence de celui-ci. Par suite, qu'il y ait ou non un écrit signé d'elle, il ne saurait être question d'autorisation, et le tiers créancier n'a d'autre ressource que la preuve du mandat, à moins qu'il ne puisse établir, malgré le défaut d'autorisation, la validité, vis-à-vis de la femme, de l'engagement souscrit par elle. Il n'entre point évidemment dans le cadre de notre travail, d'indiquer les limites du mandat tacite de la femme, ni des moyens à la disposition du mari, pour faire cesser, à l'égard des tiers, une présomption qui pourrait lui devenir par trop onéreuse; il nous suffit d'avoir rappelé que la femme mandataire tacite engage le mari sans se lier elle-même, et d'avoir signalé sur ce point la confusion que l'on rencontre dans quelques arrêts.

---

(1) V. Cass. 7 nov. 1820. Dalloz : V° Cont. de mariage, n° 1006. — Douai, 24 déc. 1833, D. P. 1847, 2. 59. — V. M. Laurent : XXII, n°s 101 et 106.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE II

Droits des créanciers d'une femme valablement obligée

En règle générale, toute personne qui s'oblige, oblige par là son patrimoine entier, et n'oblige que son patrimoine (A. 2092). Cette double proposition est assez souvent inexacte, en ce qui concerne les femmes mariées. Le droit de gage du créancier ne s'étend pas toujours à la totalité de leurs biens; quelquefois à l'inverse il englobe, en outre de ses biens, les biens propres du mari, alors que celui-ci n'a pourtant contracté personnellement aucune obligation envers le même créancier. Ces anomalies variant avec les divers régimes matrimoniaux, chacun d'eux sera, à ce point de vue, l'objet d'une étude particulière.

SECTION I

Régime de la communauté légale

§ 1er. — Avant dissolution de la communauté.

Sous le régime de la communauté légale, la situation du créancier diffère notablement, selon que la femme s'est obligée avec l'autorisation de son mari ou sans cette autorisation.

Supposons-la d'abord obligée avec l'autorisation du mari. Son engagement grève aussitôt la communauté (A. 1409 2o); et l'article 1419, très explicite, ajoute : « les créanciers peuvent poursuivre le paiement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur les biens de la communauté, que sur ceux du mari ou de la femme, sauf la récompense due à la commu-

Digitized by Google

nauté, ou l'indemnité due au mari. » Le consentement dont il est question dans ce texte, n'est autre chose que l'autorisation maritale, entourée des conditions et des formes que nous avons vues. Le mot « autorisation » a cessé en effet, depuis le Code, d'être sacramentel; à tel point que, même au siège de la matière, dans l'article 217, le législateur n'a pas craint d'employer celui de « consentement. » Comme d'autre part cet article 217 réglemente de la manière la plus absolue, les formes du consentement donné par le mari à un acte quelconque de la femme, et qu'il n'existe aucune dérogation à ce texte pour le régime de la communauté légale, il ne nous paraît pas douteux que l'article 1419 ne doive être expliqué et complété par lui. C'est là sans doute la portée exacte des termes un peu trop larges de certains auteurs, notamment de MM. Rodière et Pont, sur ce point (t. II. 788 et 789).

L'article 1419, en déclarant le mari tenu des dettes qu'il a seulement autorisées, déroge à une règle très générale, qu'exprime le vieux brocard : *qui auctor est se non obligat*. Celui qui n'intervient à un contrat, que pour autoriser une personne incapable, n'assure d'ordinaire aucune obligation. Pourquoi la loi en a-t-elle décidé autrement ici ? Plusieurs raisons y ont contribué, sans aucun doute. Tout d'abord si la femme, en s'obligeant avec l'assentiment du mari, n'eût engagé qu'elle-même, le mari bien souvent aurait usé de son influence pour imposer à la femme des obligations, dont lui ou la communauté auraient retiré le profit. Il est donc naturel que tout acte, autorisé par le mari, soit présumé avoir pour cause l'intérêt commun, ou même l'intérêt personnel de celui-ci. La plupart des auteurs s'en tiennent, pour la justification de notre principe, à cet unique motif. Il est pourtant évident que ce motif n'est pas spécial à la communauté légale, et que, s'il n'en existait pas d'autre, le législateur aurait dû, sous peine de contradiction, étendre la même décision à tous les régimes. Or il ne l'a pas fait et avec raison. La communauté légale crée, entre deux époux, une association d'intérêts telle que le mari profite de tous les actes avantageux de la femme, de toutes ses opérations heureuses; c'est donc par une juste compensation, qu'il est tenu des dettes contractées avec son assentiment. Enfin, le régime de la communauté donne naissance à une masse de biens, dont les époux sont copropriétaires, et qui, pour ainsi dire, sert de trait d'union entre leurs patrimoines propres. Sans doute la femme, pendant le mariage, n'a pas sur cette masse de biens tous les droits d'un

Digitized by Google

copropriétaire. Son intérêt bien compris, la paix surtout et l'entente si précieuses dans le ménage, ont porté la loi à remettre au mari seul les pouvoirs d'administration et de disposition, sur le trésor commun; mais la femme n'en est pas moins copropriétaire, et l'on ne saurait s'étonner de le voir, affecté à l'acquittement des obligations souscrites par elle avec l'approbation de son époux (A. 1409. 2°). Or, le patrimoine de la communauté et celui du mari sont, durant le mariage, tellement confondus ensemble que toute dette de l'un est aussi dette de l'autre. Par là encore se justifie la règle de l'article 1419.

Il n'est pas sans intérêt de remarquer qu'elle repose sur trois raisons d'une presque égale importance. C'est, en effet, pour n'avoir pas aperçu les deux dernières, que nombre d'auteurs ont proclamé un principe, à notre avis erroné, la généralisation de deux décisions particulières du Code (A. 1413 et 1432). C'est aussi pour n'avoir pas entrevu le troisième de ces motifs, que d'autres et éminents jurisconsultes ont décidé, à tort selon nous, que le mari peut quelquefois être tenu, même sous le régime dotal ou sous le régime d'exclusion de communauté, d'engagements de la femme simplement autorisés par lui.

Notre Code a fait l'application du principe de l'article 1419 aux dettes grevant les successions et donations, soit purement mobilières, soit partie mobilières, partie immobilières, acceptées par la femme avec l'approbation du mari (A. 1411, 1416, 1418). La communauté et celui-ci en sont tenus pour le tout, sauf les récompenses entre époux, auxquelles peut donner lieu l'action des créanciers (A. 1414).

L'article 1426 renferme également une application du même principe aux engagements souscrits par la femme marchande publique, pour les besoins de son négoce. Cette précision, qui n'était point nécessaire, puisque la femme, pour exercer une profession quelconque, doit avoir l'assentiment de son mari, est, en outre, un peu inexacte dans son expression. Au cours de notre chapitre premier, nous avons dit sous quelles conditions une femme peut être considérée comme marchande publique ; à qui incombe le fardeau de la preuve, en cas de contestation sur la validité de ses engagements ; nous ne reviendrons point ici sur des principes déjà exposés.

L'autorisation donnée à la femme commune oblige le mari ; mais en quel sens? Dans quelle limite? Il importe de préciser. Autrefois

Digitized by Google

on se demandait s'il pouvait être tenu, même par corps, d'un engagement commercial par exemple; le débat était vif. La loi du 22 juillet 1867 y a coupé court, en supprimant la contrainte par corps, en toutes matières autres que criminelle, correctionnelle et de simple police. Il subsiste encore divers points fort embarrassants : Et tout d'abord, le mari est-il réellement débiteur personnel de l'engagement souscrit par la femme avec son approbation? Ou bien en est-il seulement tenu comme chef de la communauté, à raison de la confusion actuelle de son patrimoine propre et des biens qui la composent, de telle sorte qu'après sa dissolution il ne puisse être recherché que pour la moitié de la dette? Les articles 1484 et 1485, isolés de tout autre considération, permettraient de s'arrêter à cette dernière alternative; mais le texte de l'article 1419 nous paraît trop général, l'assimilation légale des dettes autorisées par le mari à celles directement contractées par lui nous semble trop parfaite, pour qu'on puisse réduire de moitié à aucun moment le droit du créancier. Les précédents historiques fournissent en ce sens un argument décisif (1).

L'autorité de l'ancien droit a cependant fait introduire dans le Code, sur ce point, une exception relativement aux dettes provenant d'une succession ou d'une donation mobilières acceptées par la femme. Ces dettes se trouvent, en effet, sûrement visées (en même temps que celles antérieures au mariage), dans l'article 1485, qui déclare le mari tenu pour moitié seulement des obligations « personnelles à la femme », après acceptation, par elle ou ses héritiers, de la communauté dissoute. Les termes de cet article sont à la vérité fort obscurs; ils se prêtent à une foule d'interprétations diverses; mais l'ancien droit et les travaux préparatoires du Code l'éclairent d'une vive lumière (2). La dérogation qu'il consacre se justifie-t-elle rationnellement? Nous ne l'affirmerions pas. Il faut pourtant convenir que l'acceptation d'une succession ou d'une donation par la femme, constitue de sa part un acte tout particulièrement personnel, et malgré l'autorisation du mari, ne peut guère être réputée faite dans l'intérêt spécial de ce dernier (3).

---

(1) V. Pothier : Communauté, n° 780. — Troplong : III, 1781. — MM. Rodière et Pont : II, 1183. — Aubry et Rau : V. § 520, n. 2. — Contrà : Marcadé : VI, art. 1485 et 1486. — M. Laurent : XXII, 70.

(2) V. Pothier : *loc. cit.* — Locré : XIII, p. 137, 234, 263.

(3) V. MM. Aubry et Rau : V. § 520, n. 4 et les autorités citées par eux.

Digitized by Google

A côté de la question usuelle, presque quotidienne, qui vient d'être examinée, s'en dresse une autre, moins fréquente, mais aussi délicate, que la pratique a révélée en 1854. Deux époux se sont obligés conjointement ou solidairement ; le mari est libéré en tout ou en partie de la dette, au moyen d'un concordat, par exemple, la femme en demeure tenue pour la totalité. Le créancier peut-il, du chef de sa débitrice, poursuivre l'exécution intégrale de son titre, sur les biens communs? Nous ne le pensons pas. C'est, en effet, une règle fondamentale que la communauté se confond, s'identifie d'une manière parfaite avec le patrimoine propre du mari, de telle sorte que toute dette de l'une soit aussi dette de l'autre, et qu'à l'inverse aucun engagement ne puisse grever la communauté, sans grever aussi les biens personnels de son chef. Or le concordat passé avec celui-ci mérite évidemment d'être respecté : le créancier ne peut agir contre les propres du mari, que pour la part de la dette dont il est resté débiteur ; son droit subit donc la même limitation, à l'égard de la masse commune (1).

Le principe de l'article 1419 n'est pas absolu. La loi y a consacré deux exceptions, dans les articles 1413 et 1432. La première est formulée en des termes très précis : la femme qui accepte, avec le consentement de son mari, une succession purement immobilière, n'oblige par là, vis-à-vis des créanciers héréditaires, ni la communauté, ni son époux ; ces créanciers peuvent seulement la poursuivre, en cas d'insuffisance des immeubles du *de cujus,* sur l'entière propriété de ses biens personnels, à la différence de ce qui aurait lieu, si elle n'avait été autorisée que par la justice. L'article 1413 déroge ici très justement à l'effet ordinaire de l'approbation maritale ; les biens à recueillir dans la succession dont s'agit, doivent, en effet, rester exclusivement propres à la femme L'usufruit du mari pourra, à la vérité, en être accru, mais cet avantage éventuel trouve une compensation, dans le droit de poursuite des créanciers contre l'entière propriété du patrimoine de leur débitrice.

La deuxième exception que nous venons d'annoncer, dérive tacitement de l'article 1432, ainsi conçu : « le mari qui garantit soli-

---

(1) Paris, 18 oct. 1854 ; 24 janv. 1855, S. 55, 2. p. 81 et 85. — MM. Coin-Delisle : Rev. crit. VIII, p. 8. — Rodière et Pont : II, 787. — Contrà : Lyon, 28 juill. 1858, S. 59, 2. 615.



dairement ou autrement la vente que sa femme a faite d'un immeuble personnel, a pareillement un recours contre elle, soit sur sa part dans la communauté, soit sur ses biens personnels, s'il est inquiété. » Notre texte suppose qu'un mari commun a garanti *solidairement* ou *autrement* la vente, effectuée par la femme, d'un immeuble personnel, et le déclare alors tenu de l'éviction subie par l'acquéreur, en affirmant son droit à une récompense. C'est nettement proclamer, ce nous semble, qu'il n'encourt aucune responsabilité, quand au lieu de garantir la vente, il se borne à l'autoriser. Quelques auteurs cependant le contestent. L'article 1432, disent-ils, vise uniquement une question de contribution, de récompense entre époux ; la teneur en est un peu fautive, mais il est impossible que la loi ait voulu soustraire l'obligation de garantie, découlant de la vente d'un propre de la femme, à la règle de l'article 1419, car une pareille aliénation, plus encore qu'un simple engagement de la femme, mérite d'être réputée avoir pour cause l'intérêt du mari ou de la communauté (1). — Que l'objet principal de l'article 1432 soit une question de contribution, nous ne le nions pas ; mais ne traite-t-il pas aussi en passant une question d'obligation? Cela nous paraît certain ; le texte est péremptoire. Quant à la présomption, qui sert de base à l'article 1419, elle nous semble un peu moins forte ici que dans le cas général, la nature de l'acte avertissant les tiers qu'il concerne exclusivement la femme (2).

A côté des deux dérogations des articles 1413 et 1432, seules formulées au Code, peut-on en reconnaître d'autres? Cela revient à demander s'il est permis d'étendre une exception sans texte, et par de simples raisons d'analogie. L'on ne comprend donc guère qu'une difficulté ait pu naître à ce sujet. De nombreux auteurs cependant soutiennent que, malgré l'autorisation du mari, la femme se trouve seule obligée, quand elle a agi dans un intérêt purement personnel, et que le créancier n'a point pu, en contractant, se méprendre sur le véritable but de son engagement (3). — Une pareille disposition se justifierait à merveille dans la loi ;

---

(1) V. MM. Colmet de Santerre : VI, n° 41 bis XXIII. — Laurent : XXII, 76.

(2) V. Duranton : XIV, 308. — MM. Demolombe : IV, 310. — Aubry et Rau : V, § 509, texte et n. 44.

(3) V. Delvincourt : III, p. 31 et 32. — Duranton : XIV, 248. — Troplong : II, 846; 1229 à 1231.

Digitized by Google

mais elle ne s'y rencontre pas, et l'admettre, au mépris de l'article 1419, de la règle si générale qu'il exprime, nous paraît bien téméraire (1). Les auteurs dont nous combattons l'opinion sont partis de cette idée inexacte, que l'unique fondement de notre texte est l'intérêt présumé de la communauté ou du mari, dans l'obligation de la femme. Nous avons déjà relevé cette erreur. Des divers motifs que nous avons assignés à l'article 1419, l'un du moins, le dernier subsiste très certainement en notre hypothèse; il suffit à en légitimer l'application. Au surplus, il est fort peu d'actes qui intéressent exclusivement la femme, et n'offrent pas aussi quelque avantage à la communauté. Ainsi, qu'elle fasse élever des constructions sur un immeuble propre, qu'elle le rachète d'une servitude, qu'elle dote l'enfant né d'un premier lit : elle semble poursuivre un but éminemment personnel; l'amélioration du propre donnera pourtant à la communauté une augmentation de revenus; l'enfant doté cessera d'être à sa charge, et de ce chef encore, elle réalisera une économie, un bénéfice. Concluons donc que, sauf les deux cas spécifiés aux articles 1413 et 1432, toute obligation contractée par une femme commune, avec l'assentiment de son mari, grève à la fois le patrimoine de chacun des époux et celui de la communauté.

Supposons maintenant la femme liée sans cet assentiment, vis-à-vis d'un créancier quelconque. Ses propres sont alors le seul gage de celui-ci; il n'a aucun droit sur la communauté, ni par suite sur les biens personnels du mari. La femme ne peut en effet, sans l'approbation de son époux, engager la masse commune (A. 1426). Elle en est cependant copropriétaire. Nous avons expliqué déjà cette anomalie, par son intérêt même, sagement compris. Ainsi en principe, à défaut de l'autorisation maritale, la femme qui s'oblige, n'oblige qu'elle; et, comme jusqu'à la dissolution de la communauté, la jouissance de ses propres appartient au mari, le créancier, jusque-là, ne possède d'action que contre la nue propriété de son patrimoine. Peu importe que la femme se trouve engagée sans aucune autorisation, en vertu d'un quasi-contrat, d'un délit, d'un quasi-délit; ou que la justice ait approuvé son obligation : la règle est la même dans toutes les hypothèses (A. 1424. 1426); mais elle comporte quelques exceptions.

(1) V. Odier : I, 192. — MM. Colmet de Santerre : VI, n° 41 bis XXV. — Laurent : XXII, 76.

Digitized by Google

L'article 1427 en signale deux : il est permis à la femme d'engager, avec l'autorisation de la justice, la communauté, par conséquent aussi le mari, pour tirer celui-ci de prison et, s'il est absent, pour l'établissement de ses enfants. La rédaction du texte est assez obscure ; elle a provoqué de nombreuses discussions, maintenant fort apaisées (1). Tout le monde reconnaît aujourd'hui par exemple, que l'autorisation de la justice n'est point indispensable, quand le mari en prison consent à donner la sienne. L'on s'accorde aussi à admettre que les seuls enfants, dont il soit question dans l'article 1427, sont les enfants communs. Le texte ne fait pas, il est vrai, cette précision, et semble comprendre même les enfants d'un premier lit ; mais à l'égard de ceux-ci, le mari n'a aucune obligation à remplir ; ce serait donc sûrement dépasser l'exception que de permettre à la femme de lier la communauté de ce chef.

La double disposition de l'article 1427 s'explique et se justifie sans peine : la femme qui s'oblige pour tirer son mari de prison, accomplit en cela un devoir, et le mari profite bien plus qu'elle de son engagement. De même en établissant un enfant commun, la femme satisfait à une obligation naturelle, qui pèse également sur le mari. Mais l'on a essayé de donner à notre texte un autre fondement, de présenter les deux exceptions qu'il renferme, comme l'application d'un principe virtuellement proclamé par l'article 1427 lui-même. Toutes les fois, dit-on, que le mari ne se trouve pas en position d'autoriser sa femme, le juge peut, s'il l'estime convenable, autoriser cette dernière à engager la communauté. Le mot « même » de l'article 1427 n'aurait pas de sens, si l'énumération était limitative ; le législateur aurait dû simplement dire : la femme ne peut obliger la communauté avec l'autorisation de justice, que pour tirer son mari de prison, ou doter un enfant commun. En exprimant que, « même » dans ces deux cas, la femme doit être autorisée du juge, la loi dit implicitement que, dans d'autres très favorables, elle peut aussi, sous la même condition, engager les biens communs (2). Nous ne nous rangerons pas à cette opinion. La rédaction de l'article 1427 nous semble trop négligée, pour qu'il soit permis d'attacher une si grande importance à un mot insignifiant, d'en déduire

(1) V. MM. Rodière et Pont : II, 815 et s. — Aubry et Rau : V. § 509, 4° a. — Colmet de Santerre : VI, n°s 70 bis I et s.

(2) V. Duranton : XIV, 305. — Zachariæ : § 509, n. 30. — MM. Rodière et Pont : II, 816.

Digitized by Google

tout une série d'exceptions, à l'encontre de la règle absolument générale de l'article 1426. Du reste, malgré l'interprétation restrictive que nous adoptons, le mot « même » s'explique encore très bien, par le rapprochement de l'article avec le précédent ; ainsi disparaît l'unique argument du système adverse (1). Nous reconnaîtrons cependant que l'article 1427 ne fait point échec aux dispositions de la loi, en matière d'absence, notamment à l'article 112 du Code civil, ainsi conçu : « S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de tout ou partie des biens laissés par une personne présumée absente, et qui n'a point de procureur fondé, il y sera statué par le Tribunal de première instance, sur la demande des parties intéressées. » Bien certainement, la justice qui peut, en cas d'urgence, donner mandat à un étranger d'agir dans l'intérêt du mari absent, peut aussi confier ce mandat à la femme, intéressée plus que personne à une bonne administration.

Les deux hypothèses de l'article 1427 ne sont pas les seules où la loi ait dérogé à la règle de l'article 1426 ; les contraventions de police rurale, les délits forestiers ou de pêche y font pareillement exception : commis par la femme, les uns et les autres engagent la responsabilité du mari (2). Il convient encore de faire observer que la communauté et le mari peuvent toujours être recherchés, à raison du profit qu'ils auraient retiré d'un acte quelconque de la femme. Pothier s'expliquait formellement à cet égard (3), et si le Code ne l'a pas fait, c'est qu'il s'agit là d'une règle d'équité absolument générale, inutile par conséquent à exprimer. Cette règle, autant que la juste punition de la négligence du mari, explique les dispositions de la loi relatives aux dettes d'une succession partie mobilière, partie immobilière, et par *a fortiori* applicables aux dettes d'une succession purement mobilière, dans le cas où la femme les a acceptées avec le consentement de la justice. Le mari omet-il de faire inventaire des biens meubles ainsi acquis par son épouse, et les laisse-t-il se confondre avec le patrimoine commun : lui et la communauté deviennent par là débiteurs personnels des créanciers héréditaires (A. 1416 *in fine*, 1417). En acceptant une pareille confusion, il reconnaît en effet que l'actif de la succession est au moins

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 509, n. 38. — Laurent : XXII, 83 et 84.
(2) V. MM. Aubry et Rau : V. § 509, n. 33.
(3) De la Communauté : n° 255.

Digitized by Google

égal à son passif; de plus, il enlève aux créanciers le moyen d'en établir la consistance, et sa faute les exposerait à un préjudice, s'il leur était seulement permis de le poursuivre ainsi que la communauté, jusqu'à concurrence de la valeur des biens de la succession.

Les créanciers d'une femme commune peuvent enfin, de quelque façon qu'elle se trouve obligée envers eux, se substituer à leur débitrice, en vertu du principe général de l'article 1166, dans l'exercice de tous ceux de ses droits, qui ne sont pas exclusivement attachés à sa personne. Ils possèdent par exemple, en dehors de tout pacte de subrogation, la faculté de faire valoir pour elle son hypothèque légale sur les immeubles du mari, sauf, bien entendu, les droits des tiers valablement subrogés à la même hypothèque (A. 9. L. 23 mars 1855). Ce résultat n'est point du reste particulier au régime de la communauté ; il se produit dans tous les cas où l'hypothèque légale est susceptible de passer, par le moyen d'une subrogation expresse, des mains de la femme à celles d'un tiers.

La loi considère comme une faculté essentiellement personnelle, le droit pour la femme de demander la séparation de biens. Elle décide en effet que ses créanciers ne peuvent la réclamer, sans son consentement (A. 1446, al. 1) ; elle les admet toutefois à « exercer, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances. » (A. 1446, al. 2). Cette double disposition, formulée dans le Code seulement pour la communauté légale, doit être incontestablement étendue aux autres régimes ; il n'y aurait en effet pas l'ombre d'un motif en sens contraire. Sous le régime de la communauté, l'application du deuxième alinéa de l'article 1446 entraîne les résultats particuliers suivants : la communauté est fictivement regardée comme dissoute, la femme comme renonçante, et ses créanciers exercent, de la manière la plus absolue, les prérogatives qui lui appartiendraient, si la double fiction était une réalité ; ils effectuent par exemple la reprise de ses immeubles pour en saisir la pleine propriété, la reprise même de ses apports mobiliers, lorsqu'elle s'est réservée, par contrat de mariage, le droit de les retirer en cas de renonciation (A. 1514) (1).

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 516, 1°. — Colmet de Santerre : VI, n°s 95 bis II et s. — Cpr. Duranton : XIV, 420 et 421. — MM. Rodière et Pont : III, 2114.


Digitized by Google

§ 2. — Après dissolution de la communauté.

On sait que la communauté peut se dissoudre de diverses manières. Une double alternative s'offre alors à la femme ou à ses héritiers. Nous tiendrons pour connues, cela va sans dire, les conditions et les formes, soit de l'acceptation qu'ils peuvent faire de la communauté, soit de leur renonciation; et nous nous placerons seulement dans chacune de ces hypothèses, pour déterminer l'effet des obligations de la femme. Nous ne nous occuperons ici, comme précédemment, que du droit de poursuite des créanciers, laissant de côté tout ce qui touche à la répartition définitive des dettes, entre les époux ou leurs héritiers. De plus, afin de simplifier nos explications, nous supposerons la communauté dissoute par une séparation de biens; les principes que nous avons à exposer, sont identiques pour tous les autres cas de dissolution.

Les créanciers de la femme, antérieurs à son acceptation ou à sa renonciation, ne sont pas toujours forcés de subir le choix qu'elle a fait entre ces deux partis. L'article 1167 trouve ici une application toute naturelle; en ce qui concerne la renonciation, il existe un texte formel, l'article 1464. Faut-il dans ce texte substituer à la condition de fraude qui s'y trouve exprimée, celle d'un simple préjudice? La difficulté se rattache à l'interprétation de l'article 1167, et nous paraît devoir être résolue négativement, malgré les suffrages considérables que réunit l'opinion opposée (1). Quant à l'acceptation de la communauté, comme elle constitue un acte à titre onéreux, au regard des créanciers communs, elle ne peut très certainement être annulée, que moyennant la preuve d'un concert frauduleux de ces créanciers avec la femme (2).

Supposons une acceptation valable. Entre les divers engagements qui pèsent alors sur la femme, il y a lieu de faire quelques distinctions. Parlons d'abord de ceux antérieurs à la séparation de biens. Ils restent à sa charge pour le tout (A. 1486), et peuvent être dans tous les cas exécutés sur la pleine propriété de ses biens. En effet, les dettes mêmes qui, contractées avec l'autorisation de la justice ou sans autorisation, ne donnaient de droit au créancier, pendant

(1) V. MM. Aubry et Rau : IV, § 313, n. 18; V. § 517, n. 22; et les autorités citées par eux en sens divers.

(2) V. MM. Aubry et Rau : V. § 517 n. 24.

Digitized by Google

la durée de la communauté, que sur la nue propriété du patrimoine de leur débitrice, en atteignent l'usufruit par l'effet de la séparation de biens : la femme ayant ressaisi cet usufruit, et devant seulement contribuer aux charges du ménage, dans la proportion de ses facultés (A. 1448), le mari lui-même est intéressé à ce que le créancier soit payé sur le prix de la pleine propriété des biens de son épouse; la fortune totale de celle-ci en subira une moindre diminution; partant elle versera une plus grosse somme aux dépenses communes.

Quant au mari, il continue à être personnellement tenu, en principe, de la totalité des dettes qu'il a autorisées, comme de celles contractées par la femme, avec l'approbation de la justice, dans la double hypothèse de l'article 1427. L'assimilation, à ce point de vue, des deux sortes de dettes, résulte de l'identité parfaite que la loi établit entre elles (1); et notre proposition, en ce qui concerne les premières, a été justifiée au cours du § 1er; nous avons alors montré la différence qui sépare, en vertu des articles 1484 et 1485, les dettes autorisées par le mari dans le cas général, et celle dérivant d'une succession ou d'une donation mobilières, acceptées par la femme avec son consentement : tandis que les unes persistent à grever pour la totalité son patrimoine après dissolution de la communauté, les autres ne le grèvent plus alors que pour moitié.

L'obligation du mari à l'acquittement intégral de la dette de la femme ne saurait faire de doute, dans les diverses autres hypothèses où nous l'avons vu, pendant la durée de la communauté, soumis sans réserve à l'action du créancier. Que son engagement dérive d'une présomption d'enrichissement, ou de sa négligence, de sa faute, comme cela a lieu pour les délits ruraux et forestiers, pour les dettes d'une succession acceptée avec l'approbation de la justice et dont l'actif mobilier n'a pas été inventorié, il ne peut être question de réduire de moitié, lors de la dissolution de la communauté, le droit du créancier, quand on laisse une action pour le tout à celui, vis-à-vis duquel le mari se trouve obligé par la seule autorisation donnée à son épouse.

Enfin, à l'égard des engagements de la femme non autorisés du mari, et qui, conformément à la règle générale, lui étaient étrangers

(1) Cpr. art. 1409, 2° et 1427. — V. MM. Rodière et Pont : II, 1133. — Aubry et Rau : V, § 520, n. 3.

Digitized by Google

avant le partage de la masse commune, il est presque superflu d'observer que la femme en demeure seule tenue après ce partage.

Par l'effet de l'acceptation de la communauté, il est toute une série de dettes qui, grevant celle-ci, tombent à la charge de la femme, sans qu'elle les ait personnellement contractées. Ce sont, d'abord les frais de scellé, inventaire, liquidation et partage de la masse commune; puis toutes les dettes mobilières du mari, car toutes sont dettes communes, qu'elles soient antérieures ou postérieures à la célébration du mariage, qu'elles soient tombées dans la communauté sans charge, ou avec charge de récompense. Chacune de ces diverses dettes devient, pour moitié, dette personnelle de la femme (A. 1482).

L'article 1483 limite cependant son obligation, en organisant, à l'exemple de l'article 228 de la Coutume de Paris, le bénéfice d'émolument : « La femme n'est tenue, dit-il, des dettes de la communauté soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait eu bon et fidèle inventaire, et en rendant compte, tant du contenu de cet inventaire que de ce qui lui est échu par le partage. » Cet article n'exige pas que l'inventaire ait été fait dans le délai de trois mois, à compter de la dissolution de la communauté; mais il est manifeste qu'un inventaire dressé au bout d'un an, de deux ans, n'offrirait aucune garantie aux créanciers, et ne satisferait point au vœu de la loi. Aussi l'on s'accorde à reconnaître que l'inventaire doit être achevé dans le délai habituel de trois mois (A. 1456). S'il est exact et fidèle, si en outre la femme rend compte de l'intégralité des biens à elle échus en vertu du partage, elle est exonérée des dettes dont s'agit, pour tout ce qui dépasse son émolument, c'est-à-dire la valeur des sommes et objets compris dans son lot, entrés dans son patrimoine, par l'effet de sa qualité de commune; le montant de ses reprises ou de ses récompenses, par exemple, ne fait point partie de son émolument. Au surplus tous les auteurs observent que, la loi n'ayant pas étendu, par une disposition expresse, au bénéfice d'émolument les règles exceptionnelles du bénéfice d'inventaire de l'héritier, l'on ne saurait en introduire ici l'application. Ainsi notamment, notre bénéfice n'empêche pas que la part d'actif commun, échue à la femme, ne se confonde irrévocablement avec le reste de son patrimoine. De là suivent diverses conséquences fort importantes : les créanciers de la communauté peuvent, dans la limite de l'obligation de la femme, agir indistinc-

Digitized by Google

tement sur les objets mis dans son lot, et sur ses biens propres ; la femme ne peut point arrêter leurs poursuites, en leur abandonnant ce qui reste dans ses mains, des premiers ; l'augmentation ou la diminution de valeur, que viennent à subir les mêmes objets, sont indifférents aux créanciers, car ces objets s'étant confondus absolument, dès le jour du partage, avec les autres biens de leur débitrice, le chiffre de son émolument s'est alors fixé, et nulle circonstance postérieure ne peut le modifier. A tous ces points de vue, la situation de la femme commune se distingue profondément de celle de l'héritier bénéficiaire (1).

On a discuté la question de savoir si le bénéfice d'émolument est susceptible d'être invoqué par un créancier de la femme, à l'encontre du mari, en vertu de l'article 1166 du Code civil. L'hypothèse n'est pas d'une construction facile. Il faut supposer une dette de la femme, tombée dans la communauté, et dont le mari ne soit cependant tenu que pour moitié après le partage de celle-ci, par exemple une dette de succession ou donation mobilière. Il faut supposer, en outre, que la femme, si elle en acquittait la moitié, paierait une somme supérieure à son émolument ; mais qu'elle est insolvable. Le créancier peut-il en se prévalant du recours qu'elle aurait contre son mari, si elle eût payé, réclamer au mari une part de la dette, supérieure à la moitié? Nombre d'auteurs l'admettent (2). Nous ne suivrons point leur opinion : le créancier prétend exercer les droits de sa débitrice ; or elle n'a pas payé, partant elle n'a acquis aucun recours contre son époux. Le créancier, en dernière analyse, demande donc à exercer un droit qu'elle ne possède pas. L'article 1166 nous paraît manifestement inapplicable dans l'espèce.

Il nous reste à dire que les créanciers de la femme, en même temps créanciers de la communauté, ne peuvent demander, à l'instar des créanciers d'une succession (A. 878), la séparation des biens communs d'avec les biens personnels de la femme, pour éviter le concours de ses autres créanciers sur la masse commune. Tous les auteurs reconnaissent, en effet, que c'est là un droit exceptionnel, qui aurait besoin d'être consacré par un texte. L'on s'accorde aussi maintenant à décider que les créanciers dont nous

---

(1) V. sur les détails relatifs au bénéfice d'émolument : MM. Aubry et Rau : V § 520 b. ; — Rodière et Pont : II, 1112 et s. — et les autorités citées par eux.

(2) V. Marcadé : VI, art. 1485 et 1486. — MM. Rodière et Pont : II, 1135. — Contrà : MM. Colmet de Santerre : VI, n° 145 bis XI. — Laurent : XXIII, 53.

Digitized by Google

parlons n'ont aucun droit de préférence sur les biens communs, à l'encontre des créanciers personnels de la femme, et viennent par contribution avec eux sur le produit de ces biens, sauf l'exercice des privilèges et hypothèques qui peuvent appartenir aux uns ou aux autres (1). L'opinion contraire repose sur cette idée généralement abandonnée, savoir que la communauté forme une personne morale distincte des époux, dont l'actif serait le gage propre et exclusif de ses créanciers.

Nous aurions maintenant à nous occuper de toutes les autres obligations qui peuvent naître à la charge de la femme, après séparation de biens. Mais à leur égard, il importe peu que la femme ait accepté la communauté, ou qu'elle y ait renoncé; et comme le droit des créanciers est exactement pareil à celui des créanciers d'une femme séparée contractuellement, les principes exposés dans la section suivante leur seront applicables sans restriction.

L'hypothèse de la renonciation de la femme à la communauté est fort simple. Ceux des créanciers communs, envers qui la femme n'est pas personnellement obligée, n'ont évidemment aucun droit contre elle. Ainsi elle ne peut être recherchée, ni à raison des frais de scellé, inventaire, liquidation de la communauté ; ni à raison des dettes mobilières du mari. Mais les obligations personnellement contractées par elle restent pour la totalité susceptibles d'exécution sur ses biens, sauf son recours contre le mari (A. 1494). Celui-ci demeure intégralement tenu des engagements de sa femme, qui, pendant la durée de la communauté, le liaient ainsi vis-à-vis du créancier. Il n'y a même point alors de différence à établir entre les dettes grevant une succession ou une donation mobilière dont il aurait autorisé l'acceptation, et toutes autres dettes souscrites avec son assentiment (A. 1484. 1485) : gardant l'actif de la communauté pour lui seul, il continue à être débiteur personnel de chacune des obligations qui y sont tombées, d'une manière quelconque, pendant sa durée.

SECTION II

Régime de séparation de biens

Sous le régime de la séparation de biens, le droit des créanciers

---

(1) V. MM. Aubry et Rau : V. § 520, n. 29 et leurs citations.

Digitized by Google

d'une femme valablement obligée, ne comporte aucune des distinctions que nous avons vues, sous celui de la communauté légale. La règle générale de l'article 2092 reprend ici son empire : de quelque façon que la femme se trouve liée, avec l'autorisation du mari, avec celle de la justice ou sans aucune autorisation, sa dette grève tout son patrimoine, et ne grève que ce patrimoine. Le mari n'en est jamais tenu ; aucun texte en effet ne déroge ici au principe : *qui auctor est se non obligat*, et cette différence avec le régime de la communauté s'explique parfaitement. Entre époux séparés de biens, il n'existe point de masse commune, point de mélange, point de confusion d'intérêts. Il est donc très juste que la femme en contractant, même autorisée du mari, s'oblige seule. Mais ses créanciers ont alors le droit de saisir l'entière propriété de ses biens, car l'usufruit n'en appartient point au mari ; il lui est dû seulement une certaine portion des revenus annuels, portion déterminée par le contrat de mariage, et à défaut de toute clause de ce genre, fixée au tiers, en vertu de l'article 1537, dans tous les cas susceptible d'accroissement ou de diminution, suivant les fluctuations que vient à subir le patrimoine de la femme.

Si nous n'avions établi, au cours de notre premier chapitre, que les obligations, valablement contractées par une femme séparée de biens, peuvent être toujours ramenées à exécution sur ses immeubles, comme sur son mobilier, nous aurions à en faire ici la démonstration. La controverse soulevée à ce sujet a été alors exposée, et nous avons réfuté la double erreur dans laquelle sont tombés quelques arrêts et divers jurisconsultes, partis de cette idée inexacte que l'incapacité de s'obliger dérive uniquement de l'incapacité d'aliéner.

SECTION III

Régime d'exclusion de communauté

Le régime d'exclusion de communauté donne au mari l'usufruit de tous les biens personnels de la femme. Il est donc tout d'abord incontestable que le tiers, envers qui celle-ci se trouverait obligée sans l'assentiment de son époux, n'aurait de droit que sur la nue propriété du patrimoine de sa débitrice. En est-il de même quand le mari a approuvé l'engagement de la femme ? Cela revient à demander si, sous le régime d'exclusion de communauté, il n'est

Digitized by Google

jamais tenu, lié personnellement, en vertu de sa seule autorisation, comme le mari commun, à l'égard du créancier de sa femme. Telle est l'unique question délicate que soulève notre régime, au point de vue qui nous occupe; encore la difficulté nous semble-t-elle ne guère tenir devant une stricte application des principes généraux les plus certains.

Il est en effet de règle que l'on ne contracte aucune obligation personnelle, en intervenant à un acte quelconque, pour habiliter seulement un incapable. La loi n'a formulé d'exception à ce principe, que pour le régime de la communauté (A. 1419) ; or toute dérogation doit être rigoureusement renfermée dans la limite des termes qui la consacrent. Le silence du Code nous paraît donc, à lui seul, trancher la question. Nous reconnaîtrons cependant que si, sous le régime d'exclusion de la communauté, il ne manquait aucune des raisons qui, sous la communauté légale, justifient la disposition exceptionnelle de l'article 1419, l'hésitation serait permise. Mais des trois motifs que nous avons signalés, en commentant cet article, l'un au moins fait ici entièrement défaut ; cette masse de biens, dont les époux communs sont copropriétaires, et qui sert, pour ainsi dire, de trait d'union entre leurs patrimoines, n'existe plus. Là, selon nous, se trouve la véritable réponse aux arguments du système adverse.

D'après ce système, il faudrait distinguer les obligations contractées par la femme, dans l'exercice d'une profession quelconque, de celles souscrites pour un tout autre motif. Tandis que, relativement à celles-ci, on ne conteste pas notre opinion, on soutient que les premières engagent le mari : il recueille, dit-on, pour lui-même, en pleine propriété, les bénéfices du commerce de sa femme ; il y aurait injustice à le soustraire au droit de poursuite des créanciers (1). — A supposer que la raison invoquée fût exacte, elle n'en serait pas moins, à notre avis, insuffisante. La loi peut-être mériterait un reproche; quant à notre démonstration, elle demeurerait entière. Est-il vrai d'ailleurs que le mari recueille les gains de l'industrie de sa femme, d'une manière définitive, irrévocable, au même titre que les fruits de la dot, sans s'obliger à la moindre restitution? Cela ne nous paraît pas soutenable. Le mari,

(1) V. Duranton : XV, 259. — Troplong : III, 2278. — Odier : II, 947. — Laurent : XXIII, 438.

Digitized by Google

en vertu de son contrat de mariage, est usufruitier de tous les capitaux présents et à venir de son épouse; mais l'industrie, le talent de la femme ne sauraient être traités comme un capital ordinaire, productif de revenus. L'assimilation, peut-être exacte au point de vue économique, heurterait manifestement en notre matière l'esprit de la loi; les gains que procure à la femme l'exercice d'une aptitude commerciale ou artistique, n'ont pas le caractère permanent, continu de véritables fruits. En vain dirait-on que la femme doit au ménage son travail, son industrie, que les produits de ce travail reviennent par suite au mari, chef du ménage. La femme doit au ménage ses soins de « ménagère », de mère et d'épouse, mais point du tout les labeurs et les fatigues d'une profession quelconque. Elle serait en outre peu encouragée à affronter ces derniers, si les bénéfices réalisés par elle devaient irrévocablement passer au mari, déjà détenteur de la dot, et obligé de ce chef à subvenir aux besoins du ménage (1). Pour ces divers motifs, il nous semble que les gains de la femme négociante méritent d'être considérés, non comme les fruits d'un capital ordinaire, mais comme de véritables capitaux, dont le mari a seulement la jouissance, et dont il doit la restitution à la femme ou à ses héritiers. Par là s'évanouit l'unique fondement du système que nous combattons. Ainsi donc, le créancier d'une femme non commune n'a jamais pour gage que les biens de sa débitrice; et seulement leur nue propriété, jusqu'à la dissolution du mariage, ou du moins jusqu'à la séparation de biens. — Celle-ci produit, on le sait, des résultats absolument identiques sous la communauté légale et sous le régime d'exclusion la communauté.

SECTION IV

Régime dotal

La première question qui s'offre à nous, dans cette nouvelle partie de notre étude, est encore de savoir si les engagements de la femme, en les supposant contractés avec l'autorisation du mari, peuvent jamais entraîner un effet quelconque vis-à-vis de lui. De

(1) V. MM. Demolombe : IV, 315 et 316. — Colmet de Santerre : VI, n° 200 bis II. — Aubry et Rau : V. § 581, n. 18.

Digitized by Google

même que sous le régime d'exclusion de communauté, deux opinions sont en présence. L'une repousse toute distinction, et soutient qu'en aucun cas le mari n'est obligé. L'autre reconnaît l'exactitude de ce résultat, quand la femme dotale n'exerce pas de profession, ou même quand elle fait le commerce avec ses biens paraphernaux, parce qu'alors les bénéfices lui en demeurent exclusivement propres. Mais si la femme n'a point de paraphernaux, si elle s'est constitué en dot par exemple tous ses biens présents et à venir, alors dit-on, c'est le mari qui recueille en toute propriété les gains de son négoce; une juste réciprocité lui impose envers les tiers, comme envers son épouse, le fardeau de toutes les dettes souscrites pour les besoins de ce négoce (1). — A la vérité, le mari percevra le plus souvent ici les bénéfices dont s'agit : tous les biens de la femme étant dotaux, elle tiendra presque toujours de lui les capitaux nécessaires à l'exercice de sa profession, et lui remettra l'intégralité des profits. Cependant il est possible que ces derniers lui soient laissés. Il est également possible qu'un tiers, reconnaissant ses aptitudes commerciales, et confiant dans sa probité, lui ait prêté de l'argent, ou qu'elle ait commencé sans capitaux, et soit parvenue peu à peu à fonder un établissement commercial : elle garderait alors la propriété de ses gains, l'usufruit seul en reviendrait au mari. Mais supposons que les capitaux, servant à l'exploitation de son négoce, appartiennent à ce dernier, que les bénéfices lui soient intégralement remis : s'ensuit-il qu'il doive être personnellement tenu des engagements par elle souscrits? Nous ne le pensons pas. La femme, agissant en son nom seul, serait dans la situation d'un commandité ; le mari dans celle d'un commanditaire, et sa mise de fonds devrait seule répondre des obligations de la femme (2). Ici encore la règle « *qui auctor est se non obligat* » nous paraît dominer tout autre considération. Le législateur n'y a dérogé, que pour le régime de la communauté ; sous le régime dotal, pas plus que sous le régime d'exclusion de communauté, ne se rencontrent toutes les raisons qui ont motivé cette disposition exceptionnelle.

Ainsi donc, jamais la femme dotale, même en s'obligeant avec l'autorisation de son époux, n'oblige celui-ci. Les droits des créanciers sont en outre sérieusement réduits par l'usufruit qui

(1) V. Delvincourt : I, p. 76. — Vazeille : II, n° 360. — Troplong : IV, 330.
(2) V. M. Boistel : Précis, n° 100, et les auteurs cités par lui, note 3.

Digitized by Google

appartient au mari sur la dot; et bien plus gravement encore, par l'indisponibilité des biens dotaux. Dans le difficile exposé de ces droits nous distinguerons trois périodes, en faisant toutefois remarquer le caractère purement accidentel de la deuxième : 1° Avant séparation de biens. — 2° Après séparation de biens. — 3° Après dissolution du mariage.

§ 1er — Avant séparation de biens

Malgré la stipulation du régime dotal, la femme possède ordinairement des biens, sur lesquels le droit de ses créanciers est absolu : ce sont les paraphernaux. A leur égard, la femme est comme mariée sous le régime de séparation contractuelle.

Il ne peut donc y avoir de difficulté que pour les biens dotaux, et seulement pour la nue propriété de ces biens, car le mari, jusqu'à la dissolution du mariage, ou du moins jusqu'à la séparation de biens, en est usufruitier, et son droit ne saurait recevoir d'atteinte d'un engagement quelconque de la femme.

La nue propriété de la dot échappe, en principe, au gage des tiers devenus créanciers de la femme postérieurement à son mariage. Nous avons eu, dans notre premier chapitre l'occasion de justifier cette proposition, d'ailleurs universellement admise. Nous avons vu que le fondement en est extrêmement discuté; que l'insaisissabilité de la dot provient, au dire des uns, de son inaliénabilité; au dire des autres, d'une véritable incapacité de la femme. Nous avons adopté cette dernière opinion, et nous croyons l'avoir assez fermement établie pour être dispensé de revenir ici sur sa démonstration. L'intérêt pratique qui s'y attache est considérable. Si en effet, l'insaisissabilité de la dot a pour unique raison d'être l'incapacité de la femme, pour unique but de la protéger contre sa faiblesse, contre un abus d'influence de la part du mari, elle doit être naturellement bornée aux engagements, dans lesquels cette faiblesse, cette influence peuvent jouer un rôle, c'est-à-dire aux engagements qui supposent et nécessitent chez le débiteur une entière capacité; quant aux autres, il faut en déclarer l'exécution possible même sur les biens dotaux. Appliquons cette distinction aux différentes sortes de dettes, dont la femme peut être tenue (1).

---

(3) V. sur tous ces points : M. Deloynes, *op. cit.*, et les autorités rapportées par lui.

Digitized by Google

Dérivent-elles d'un contrat : son incapacité les vicie manifestement. A leur égard, les deux théories exposées aboutissent au même résultat. L'une et l'autre refusent au créancier tout droit sur la dot, à moins que l'obligation souscrite à son profit ne l'ait été avec l'assentiment du mari ou de la justice, pour l'une des causes qui permettent, sous cette condition, l'aliénation de la dot (A. 1555. 1556. 1558); le plus souvent, il est vrai, en ce cas, la dette sera garantie par une hypothèque, mais le contraire pourrait arriver, et n'empêcherait pas la saisie des biens dotaux. Suffirait-il au créancier, qui n'aurait pas exigé l'autorisation préalable de la justice, quand elle est requise, de prouver que son titre rentre dans la catégorie de ceux exceptés par la loi? Nous ne le pensons pas, en raison du texte formel de celle-ci (1).

Supposons maintenant une obligation née d'un délit ou d'un quasi-délit. L'incapacité du débiteur est indifférente à la validité d'un pareil engagement; le créancier pourra donc agir sur la nue propriété de la dot. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à le reconnaître (2); mais nous avons fait observer que cette décision, incontestable au regard de la raison et de la justice, va directement contre la théorie qui explique les effets du régime dotal par la seule inaliénabilité des biens, et non par l'incapacité personnelle de la femme. Si l'insaisissabilité de la dot avait sa source dans la nature du bien, peu importerait, en l'absence de toute exception légale, la cause contractuelle ou délictueuse de l'obligation; si au contraire elle tire sa raison d'être de la faiblesse de la femme, de son incapacité, alors on comprend à merveille la distinction admise par la presque unanimité des interprètes du Code.

Poursuivons l'usage de notre *criterium*. Les obligations qui dérivent de la loi sont indépendantes de toute condition de capacité chez le débiteur : la dotalité d'un bien ne peut donc être un obstacle à leur exécution. La jurisprudence a notamment appliqué ce principe aux droits de mutation dus pour une succession échue, *constante matrimonio*, à une femme qui s'est constitué en dot tous ses biens présents et à venir (3).

---

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 538, texte et n. 30. — Cass. 13 mars 1867, S. 67, 1. 256. — Contrà : Cass. 26 juin 1867, S. 67, 1. 290. — Cpr. M. Colmet de Santerre : VI, n° 230 bis XIII.

(2) V. MM. Aubry et Rau : V, § 538, texte et n. 32. — Cass. 16 fév. 1880, S. 81, 1. 311. — Rouen, 28 mars 1881, S. 82, 2. 41.

(3) V. Caen 18 juin 1880, S. 81, 2. 1.

Digitized by Google

Enfin, relativement aux obligations provenant d'un quasi-contrat, une distinction est nécessaire. Le quasi-contrat s'est-il formé par le fait de la femme : le créancier ne saurait avoir de droit sur la dot, à moins que ce fait ne constitue en même temps un délit ou un quasi-délit. Ainsi le commande l'incapacité de la femme. Mais le quasi-contrat a-t-il son origine dans le fait d'un tiers : cette incapacité devient alors indifférente, puisque la volonté de la femme n'a eu aucune part à la création de l'engagement. La dot peut donc être saisie (1). Telle n'est pas cependant l'opinion générale sur ce point. La plupart des auteurs refusent, dans tous les cas, au créancier action contre la dot (2). Partis d'un principe opposé au nôtre, ils arrivent à une conséquence également opposée : pour eux, l'obstacle réside dans l'inaliénabilité dotale; celle-ci, disent-ils, est absolue. — Mais alors pourquoi y faire exception en ce qui concerne le délit ? Au surplus, la matière s'est prêtée à bien d'autres opinions divergentes, qu'il serait trop long de discuter séparément (3).

Il est un quasi-contrat qui mérite ici, en raison de son importance pratique, une mention spéciale : l'acceptation d'une succession échue à la femme. On admet sans difficulté, en vertu d'un principe d'évidente justice, et aussi de la maxime « *bona non sunt nisi deducto ære alieno* », que le paiement des dettes héréditaires peut être poursuivi sur la pleine propriété des objets composant la succession, quand même la femme héritière se serait constitué ses biens présents et à venir. Mais on refuse en général et très justement aux créanciers tout droit de saisie sur la dot de leur débitrice (4).

Parmi les engagements susceptibles de naître à la charge de la femme dotale, il en est une catégorie qui a donné lieu à de sérieuses discussions : ceux résultant d'un procès soutenu par la femme, soit que sa présence y fût indispensable, comme dans une instance en séparation de corps ou de biens, soit qu'elle y fût seulement utile. Ils peuvent être de deux sortes, provenir des dommages et des dépens alloués à l'adversaire, ou des frais avancés par l'avoué de la

(1) V. MM. Colmet de Santerre : VI, n° 226 bis VIII. — Deloynes : *op. cit.*, p. 578.

(2) V. Tessier : de la dot, I, n° 466. — Troplong : IV, 3332. — Aubry et Rau : V, § 538, texte et n. 31.

(3) V. Taulier : V, p. 277. — MM. Rodière et Pont : III, n°s 1823 et 1824.

(4) V. MM. Aubry et Rau : V, § 538, texte et n. n. 35, 36, avec les arrêts cités par eux.

Digitized by Google

femme. La dot, dans l'un et l'autre cas, est-elle le gage du créancier? L'on a proposé à ce sujet une foule de distinctions; la question nous semble résolue par les principes que nous avons établis. La femme ne peut, avons-nous dit, engager la dot par son fait personnel, à l'exception du délit et du quasi-délit. Conséquemment ni la condamnation à des dommages, pour inexécution d'un engagement préexistant, ni la condamnation aux dépens d'une instance engagée ou soutenue sans droit ne sauraient être poursuivies sur les biens dotaux, à moins qu'il n'y ait eu, en l'espèce, de la part de la femme, mauvaise foi, délit, et que le jugement ne l'ait exprimé (1). Quant aux frais de l'avoué qui a occupé pour la femme, si celle-ci était partie nécessaire au procès, et s'il a eu pour résultat, comme une instance en séparation de biens par exemple, de conserver la dot menacée, il nous semble difficile de n'en pas permettre l'exécution sur la dot, à raison de la *versio in rem* qui s'est opérée à son profit. Mais en l'absence de la double condition indiquée, nous refuserions à l'avoué toute action contre les biens dotaux; il ne peut imputer qu'à lui-même d'avoir fait des avances sans précautions ni sûretés suffisantes. Les arrêts et les auteurs tendent à se fixer en ce sens (2).

Il convient maintenant d'observer que les diverses règles qui viennent d'être exposées ne sont point spéciales à la dot immobilière. On sait, en effet, que la jurisprudence, après une longue incertitude, s'est décidée pour une assimilation presque parfaite des meubles et des immeubles dotaux; au regard des créanciers de la femme, l'assimilation est absolue (3). Nous nous rangerons à cette doctrine, sans en examiner les motifs : le faire serait sortir du cadre de notre étude, puisque nous supposons connus tous les principes relatifs à l'aliénation directe des biens de la femme.

De l'inaliénabilité ou, pour mieux dire, de l'insaisissabilité de la dot mobilière, se déduisent diverses conséquences remarquables, et notamment la suivante : lorsque par l'effet d'actes ou d'opérations quelconques, d'acquisitions réalisées par les époux, de dations en paiement effectuées soit par le constituant, soit par le mari lui-

---

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 538; Cpr. les auteurs et les arrêts cités par eux, notes 24 et 25.

(2) V. MM. Aubry et Rau : V, § 538 n. n. 27, 28, 29. — Rodière et Pont : III, 1825 n. 2 et 1826; et leurs citations.

(3) V. MM. Aubry et Rau : V, § 537 *bis*.

Digitized by Google

même (après séparation de biens ou dissolution du lien conjugal) la dot mobilière se trouve résider en tout ou en partie dans des créances ou des immeubles non frappés de dotalité (A. 1553), les créanciers dont le droit de gage n'atteint pas la dot, ne peuvent les saisir qu'à la charge d'en faire ressortir les sommes dotales qu'ils représentent. Un petit nombre d'auteurs et d'arrêts, exagérant cette idée, ont admis que l'immeuble abandonné à la femme en paiement de ses reprises, après séparation de biens, est dotal, par conséquent à l'abri de toute action des créanciers. En ce sens, ils font valoir que les détériorations survenant à l'immeuble dont s'agit, seraient supportées par la femme, qu'il est juste de lui laisser le profit résultant d'une plus-value accidentelle (1). L'équité de cette solution n'est pas contestable, mais elle ne saurait, à notre avis, prévaloir contre le principe que la dot ne peut être modifiée pendant le mariage (A. 1395, 1553) (2). Toute différente est, sous ce rapport, la condition des objets acquis en vertu d'une clause d'emploi ou de remploi, insérée au contrat de mariage : ceux-là, en effet, sont dotaux au même titre que si le mari les avait directement reçus des mains mêmes du constituant (A. 1553, al. 1).

Que décider enfin relativement à des biens, dotaux pour une part aliquote, et paraphernaux pour le surplus? Si la division ou la séparation en était possible dans la proportion de ces parts, les créanciers n'ayant de droit que sur les paraphernaux de leur débitrice, pourraient indubitablement provoquer cette division, pour frapper de saisie la portion paraphernale (3) ; si même pareille division de l'immeuble était impossible, il nous semble que les créanciers devraient être admis à en saisir et faire vendre la totalité, sauf emploi, dans l'intérêt de la femme, de la somme afférente à la part dotale : il serait, en effet, contraire à toute justice, de retarder indéfiniment leur droit de poursuite, et l'article 1558 (al. 6 et 7) fournit en ce sens un puissant argument d'analogie (4).

Nous avons jusqu'à présent raisonné dans l'hypothèse où les époux ont adopté le régime dotal, tel que notre Code l'a organisé. Il peut arriver que, par une clause particulière de leur contrat de

---

(1) V. Sériziat : n° 127. — MM. Rodière et Pont : III, 2197. — Grenoble, 1er juill. 1846, S. 47, 2. 280. — Caen, 15 fév. 1870, S. 70, 2. 117.

(2) V. Bordeaux, 14 mai 1857, S. 57, 2. 547. — Cass. 12 avr. 1870, S. 70, 1. 186.

(3) V. Rouen, 8 août 1850, S. 51, 2. 704.

(4) V. Pau, 12 août 1868, S. 68, 2. 299.

Digitized by Google

mariage, ils se soient réservé la faculté d'aliéner les biens dotaux, sans condition d'emploi. Cette clause n'emporterait très certainement pas l'affectation des mêmes biens à la sûreté des divers créanciers de la femme, car elle déroge au droit commun, et en matière exceptionnelle, aucune extension n'est permise sous prétexte d'analogie. Ici même l'analogie n'existe pas : la faculté pour la femme d'aliéner sa dot, est moins dangereuse que celle de l'engager par des obligations ; on hésite moins à s'endetter qu'à vendre, parce que les conséquences de l'acte étant plus éloignées, on les redoute moins, et puis on espère toujours les éviter. Aussi est-il généralement admis que l'autorisation d'aliéner la dot, stipulée par contrat de mariage, n'emporte même pas celle de l'hypothéquer (1).

Les mêmes raisons commandent, ce nous semble, une solution identique, à l'égard de la clause qui permettrait à la femme d'hypothéquer ses immeubles dotaux. Les créanciers simplement chirographaires ne pourraient donc, malgré une pareille clause, ni en opérer la saisie, ni inscrire valablement une hypothèque judiciaire (2).

§ 2. — Après séparation de biens

Dans les premiers temps de la promulgation du Code, l'on s'est demandé si la séparation de biens ne changeait pas le caractère de la dot ; si, après cet événement, la dot devait encore être tenue pour inaliénable et insaisissable. Mais la controverse fut de courte durée. Le texte précis de l'article 1554, aussi bien que des motifs rationnels d'une parfaite évidence ne pouvaient laisser longtemps subsister un pareil doute : Le but de la séparation de biens est de rendre à la femme l'exercice des droits, que le contrat de mariage a conférés au mari sur sa dot ; ce serait donc fausser la loi que de donner à la femme séparée, sur ses biens, un droit de disposition plus étendu, que ne l'avait le mari jusqu'à la séparation ; ce serait en outre supprimer les précautions stipulées lors du mariage, au moment où elles deviennent le plus nécessaires. Ainsi, la seule modification que la séparation de biens apporte au régime dotal, est que la dot, au lieu d'être administrée et jouie par le mari, se trouve l'être

(1) V. MM. Rodière et Pont : III, 1781 et les autorités citées par eux.

(2) V. MM. Rodière et Pont : II, 1783. — Cass. 3 av. 1849. S. 49, 1. 385. — Cpr. Bordeaux, 22 déc. 1857, S. 58, 2. 529.

Digitized by Google

par la femme. De là il résulte que les obligations contractées par la femme séparée de biens, sont, au moins en ce qui concerne le droit de poursuite des créanciers sur la nue propriété des biens dotaux, régies par les principes développés à notre § 1er. D'autre part, comme l'usufruit du mari a pris fin, et que la femme est seulement tenue de lui remettre une part de ses revenus, proportionnée à sa fortune totale, les diverses sortes de dettes susceptibles, d'après les règles établies dans ce paragraphe, d'être exécutées sur la dot, peuvent l'être désormais, non plus seulement sur la nue propriété, mais sur la pleine propriété de cette dot, qu'elles soient du reste antérieures ou postérieures au jugement de séparation En dehors de cette catégorie de dettes, les autres engagements de la femme ne donnent-ils aux créanciers de droit, que sur les paraphernaux de leur débitrice comme avant la séparation? ou au contraire, le créancier peut-il saisir, soit en totalité, soit en partie, les revenus des biens dotaux? Cette question a donné lieu aux théories les plus divergentes. Elle est à la fois très controversée pour les obligations souscrites avant, et pour celles souscrites depuis la séparation. Examinons là d'abord relativement à ces dernières.

Dans un premier système l'on soutient que le créancier a pour gage la totalité des revenus dotaux (1); un deuxième, actuellement en faveur dans la doctrine et consacré par la jurisprudence, proclame le droit du créancier à la portion de ces revenus qui excède les besoins du ménage (2); suivant un troisième, l'indisponibilité des revenus dotaux, dans les mains de la femme, ne devrait pas être bornée à la portion nécessaire aux besoins de la famille, il faudrait encore la déclarer absolue à l'égard de tout engagement dépassant les limites d'une sage administration (3); enfin quelques auteurs, et un petit nombre d'arrêts déjà anciens dénient entièrement le droit du créancier à une part quelconque des revenus dont s'agit (4). C'est à ce dernier système que nous nous rangerons. S'il blesse quelquefois la pure équité, la faute en est au régime dotal, source

(1) V. Zachariæ : § 538, n. 3. — MM. Laurent : XXIII, 552. — J.-Fabre : Rev. gle du droit, 1881, p. 313. — Cass. 9 av. 1823, S. 23, 1. 331. — Cass. 28 mars 1827, S. 27, 1. 299.

(2) V. MM. Aubry et Rau : V. § 539, texte et n. 19. — Rodière et Pont : III, 1765. — Cass. 4 nov. 1846, S. 47, 1. 201. — Cass. 27 juill. 1875, D. P. 75, 1. 401.

(3) V. Seriziat : nos 134 et s. — M. Dutruc : note dans Sirey (64, 1. 201)

(4) V. M. Colmet de Santerre : VI. n° 226 bis IX et X. — Cass. 11 janv. 1831, S. 31, 1. 3. — Paris, 30 juin 1834, S. 34, 2. 473.

Digitized by Google

de tant d'injustices et de fraudes. Le reproche doit en remonter au législateur, qui l'a consacré ; mais pour améliorer son œuvre, est-il permis de la défigurer ? Quelle qu'elle soit, la loi mérite d'être obéie. Or la loi commande l'inaliénabilité complète des revenus dotaux. L'usufruit en effet est un démembrement du droit de propriété ; d'autre part l'indisponibilité de la dot est formulée dans le Code, de la manière la plus générale ; elle fait donc obstacle à la saisie d'une portion quelconque du droit de la femme, à la saisie des revenus, comme à celle de la pleine propriété. Peu nous importe que l'on reconnaisse ou non au mari la faculté d'affecter, avant la séparation de biens, ces revenus, même en totalité, au gage de ses créanciers. Dans ses mains, l'usufruit de la dot n'est peut-être, vis-à-vis d'eux, qu'un usufruit ordinaire ; la femme d'ailleurs trouve toujours dans la séparation de biens le remède à une situation embarrassée. Mais après séparation, le droit aux revenus est certainement, chez la femme, une partie intégrante de son droit de propriété. Donc elle ne peut ni l'aliéner, ni l'engager par des obligations autres que celles dont l'exécution est permise sur la propriété des biens dotaux.

Cette déduction, imposée par les principes, se fortifie encore, si l'on examine les conséquences des autres systèmes soutenus en la matière. Proclamer avec le premier l'entière disponibilité des revenus dotaux, serait en réalité permettre l'aliénation de la dot : une ois en effet les revenus saisis, comment vivre sinon sur le capital, et la justice ne serait-elle pas alors matériellement contrainte d'en autoriser la vente ? D'un autre côté, accepter, avec le deuxième ou le troisième systèmes, que l'indisponibilité des revenus ne dérive pas de l'indisponibilité de la dot, c'est retomber fatalement sur la première opinion, car la distinction entre la part des revenus nécessaire au ménage, et la part excédante, repose, il nous semble, sur un fondement bien fragile. La destination essentielle de ces revenus est, dit-on, de pourvoir aux besoins de la famille. — Sans doute, mais sous tous les régimes il en est ainsi, et cependant on ne va pas jusqu'à prétendre que sous tous les régimes, les revenus de la dot doivent être respectés des créanciers. La raison invoquée ne résiste donc pas à une critique sévère. Si l'on ne reconnaît, dans l'indisponibilité de la dot, le principe de l'indisponibilité des revenus, il faut renoncer à celle-ci, et laisser avec elle s'écrouler la sauvegarde, peut-être la plus essentielle du régime dotal. Notre opinion par là, ce nous semble, est inébranlablement établie.

En ce qui touche les obligations contractées par la femme, anté-

Digitized by Google

rieurement à la séparation de biens, elle ne laisse place à aucune controverse. Si la femme, quand elle gère sa dot, et en jouit, ne peut en engager les revenus, *a fortiori* est-elle incapable de le faire, tant que dure l'administration et l'usufruit du mari. Aussi la jurisprudence, qui accorde aux créanciers postérieurs à la séparation un droit au superflu des revenus dotaux, refuse le même droit aux créanciers antérieurs (1).

§ 3. — Après dissolution du mariage

La dissolution du mariage ne modifie évidemment, en aucune façon, la situation des paraphernaux de la femme; ils restent compris dans le gage général de ses créanciers, et entièrement saisissables. Il est une autre catégorie de biens dont la condition, à ce point de vue, est identique, ceux qui viennent à échoir à la femme, après la rupture du lien conjugal ; ces biens n'ont jamais fait partie de sa dot ; il se trouvent donc affectés au paiement de toutes ses dettes sans exception. Il ne saurait enfin y avoir de difficulté pour leurs engagements susceptibles d'exécution, pendant la durée du mariage, sur les biens dotaux. Le titulaire garde la faculté d'en poursuivre, quand il lui plaira, l'acquittement sur l'entier patrimoine de sa débitrice ou de ses héritiers.

Que décider maintenant à l'égard des créanciers qui, d'après les règles ci-dessus exposées, n'avaient, *constante matrimonio,* aucune action sur la dot. Leur sort est-il amélioré par la dissolution du mariage, ou bien cet événement laisse-t-il subsister, vis-à-vis d'eux, l'insaisissabilité complète des biens dotaux? A nos yeux, la question ne peut soulever un doute : l'indisponibilité de la dot, comme l'atteste l'article 1560, a été admise dans l'intérêt de la famille, des héritiers de la femme, autant que dans l'intérêt des époux eux-mêmes. Ce serait donc aller contre le désir certain, la volonté presque formelle de la loi, que de laisser, à la dissolution du mariage, se perdre dans le gouffre des dettes contractées pendant sa durée, les biens dont la loi a voulu assurer la conservation. A ce motif d'une parfaite évidence, s'en joint un autre : les créances dont s'agit, ont été, dès leur naissance, infectées d'un vice que la dissolution du mariage est impuissante à guérir. La femme était

---

(1) V. le tableau de la jurisprudence et de la doctrine sur ce point dans MM. Aubry et Rau : V. § 588, n. 16.

Digitized by Google

frappée d'incapacité relativement à sa dot, quand elle s'est obligée. Le retour de son entière capacité ne peut produire un effet rétroactif; les principes généraux du droit y mettent obstacle. Ces considérations s'appliquent avec une égale force, tant aux revenus des biens dotaux qu'à la nue propriété des mêmes biens : nous avons montré en effet que l'indisponibilité des revenus est une conséquence nécessaire de l'indisponibilité du capital. Peu importe aussi que la rupture de l'union conjugale soit survenue par le décès du mari ou de la femme, qu'elle ait été ou non précédée d'une séparation de biens; l'identité des motifs entraîne l'identité des solutions. Dans tous les cas la dot sera, au regard des créanciers dont nous parlons, chose hors de leur gage, bien presque sacré.

Cette opinion est celle de la jurisprudence et de la majorité de la doctrine ; mais bien d'autres ont des défenseurs (1). Sans parler du système, à présent oublié, qui revendiquait pour tous les créanciers de la femme sans distinction, après le mariage dissous, un droit absolu de poursuite sur les biens dotaux, il en reste encore deux principaux : le premier voudrait qu'on leur permît au moins de saisir les revenus jusqu'à leur complet désintéressement ; le second refuse en principe aux créanciers tout droit à une part quelconque des revenus, mais il fait une exception en faveur de ceux admis, avant la dissolution du mariage (d'après la théorie de la jurisprudence même), à saisir une portion déterminée de ces revenus, et soutient leur droit à la conservation de cette prérogative. — En justifiant notre opinion, nous avons par avance répondu aux arguments de ces divers systèmes. Il convient pourtant d'ajouter que nos tribunaux ne peuvent écarter le dernier, sans se mettre en contradiction avec leurs propres principes : il est en effet peu rationnel que le décès du mari ou de la femme prive un créancier du droit de saisir les revenus de la dot, au moins dans la mesure qui lui était jusqu'alors impartie. En refusant de suivre leur théorie dans ses conséquences forcées, ils apportent donc un argument à l'appui de celle que nous avons exposée et défendue, celle de la complète indisponibilité des revenus dotaux, même pendant la durée de l'union conjugale.

La dot, avons-nous dit, reste insaisissable, après la dissolution

(1) V. les citations en sens divers, rapportées dans MM. Aubry et Rau : V, § 538, n. 16, et § 539, n. 20.

Digitized by Google

du mariage, entre les mains des héritiers de la femme, comme entre les mains de la femme elle-même. Mais ne faut-il pas qu'ils acceptent la succession sous bénéfice d'inventaire, qu'ils fassent tout au moins dresser un inventaire dans les délais légaux, afin d'établir de la sorte exactement vis-à-vis des créanciers la consistance des valeurs dotales et des valeurs paraphernales? La négative n'est pas douteuse, quand la femme s'est constitué tous ses biens présents et à venir, et que le mariage a été dissous par son décès; car la succession ne peut alors renfermer aucun bien paraphernal, et le défaut d'inventaire est indifférent aux créanciers. La même opinion nous paraît encore devoir être suivie, dans le cas où la femme s'est constitué certains biens seulement, ou quand, la constitution ayant porté sur les biens présents et à venir, le mariage a été dissous par le prédécès du mari. Alors il est vrai, la femme peut avoir laissé des valeurs dotales suffisantes pour acquitter son passif intégral. Il est même probable qu'elle les a laissées, puisque ses héritiers ont accepté purement et simplement; mais, en supposant qu'elles ne s'y trouvent pas, à quel titre les biens dotaux pourraient-ils être saisis? Les héritiers, sans aucun doute, devront prouver la dotalité des sommes et objets de toute sorte qu'ils auront recueillies, mais cette preuve faite équivaut à un inventaire régulier des valeurs dotales; or, cet inventaire suffirait certainement pour les affranchir de toute poursuite sur la dot. Remarquons du reste, qu'ils n'en sont pas moins débiteurs personnels des créanciers de la femme, et comme tels tenus, sur tous leurs autres biens, de l'entier acquittement des dettes de la succession (1).

Il nous reste à examiner une dernière et importante hypothèse. La dot, après la dissolution du mariage, vient à être aliénée, soit par la femme devenue veuve, soit par ses héritiers : les créanciers dont le droit de poursuite, jusqu'à ce moment, était paralysé vis-à-vis d'elle, pourront-ils agir sur le prix, en opérer la saisie par exemple? Il est difficile de comprendre que la question ait pu même être discutée. Y répondre affirmativement, serait presque retirer à perpétuité de la circulation une quantité considérable de biens : tous ceux — et ils sont nombreux — ayant fait partie de

(1) V. M. Deloynes : *op. cit.* p. 559. — Paris. 16 janv. 1858, S. 58, 2. 502. — Contrà : MM. Rodière et Pont : III, 1768.

Digitized by Google

la dot d'une femme, dont quelques créanciers n'ont pas été désintéressés. Par la conséquence on peut juger le principe. Puis, quelle singulière anomalie offrirait une pareille distinction! Enfin si, comme nous espérons l'avoir établi, l'obstacle qui s'oppose à toute poursuite de la part du créancier, avant l'aliénation de la dot, réside dans l'incapacité qui frappait la femme, au moment de la naissance de l'engagement, peu importent évidemment les modifications ultérieures du bien de la débitrice ; l'obligation, viciée dans son origine, reste frappée d'impuissance à l'égard du prix, comme elle l'était à l'égard de l'objet lui-même.

Ces considérations, généralement admises (1), ont pourtant échoué devant la Cour de Paris, dans une espèce où l'immeuble dotal avait été aliéné par un légataire universel (2) ; la qualité du successeur, qui lui a paru décisive, nous semble au contraire laisser subsister l'intégralité des motifs indiqués.

APPENDICE

Société d'acquêts jointe au régime dotal

Nous avons exposé les principes relatifs à chacun des quatre principaux régimes, organisés par notre loi civile. La volonté des parties peut, on le sait, mélanger ces divers régimes, et s'en faire, pour elles-mêmes, un, tout spécial, dont les clauses sont susceptibles de se modifier à l'infini. Au seuil de ces clauses, notre tâche s'arrête presque forcément : les règles qui viennent d'être développées seront appliquées distributivement à chacune d'elles.

Une seule mérite, par son importance pratique, de retenir un moment notre attention. C'est la société d'acquêts jointe au régime dotal (A. 1581). Par l'addition de cette clause, le régime dotal se transforme, et se laisse de tous les côtés pénétrer par les principes de la communauté légale. L'existence d'une masse de biens, indivise entre les époux, entraîne les conséquences que nous avons vues, avec le régime de la communauté. La femme, quand elle s'oblige, autorisée de son époux, ne s'oblige pas seule ; elle oblige encore la communauté, et par suite le mari, car le patrimoine de la commu-

---

(1) V. MM. Aubry et Rau V, § 538, texte et n. 15.
(2) V. Paris, 9 juin 1856, S. 56, 2. 330.

Digitized by Google

nauté et celui du mari ne sont pas moins confondus ensemble que sous la communauté légale. Cependant, à ce principe, il y a, dans la société d'acquêts, quelques exceptions de plus que dans la communauté légale : le mari n'est pas seulement affranchi de la dette de garantie dans le cas de l'article 1432, et de celles résultant d'une succession purement immobilière acceptée par la femme avec son autorisation (A. 1413) ; l'article 1498, auquel renvoie l'article 1581, exclut en effet de la communauté les « dettes actuelles et futures des époux », et, par « dettes futures », l'on convient généralement que ce texte désigne le passif correspondant à l'actif futur, exclu aussi de la communauté, c'est-à-dire les dettes dont se trouvent grevées les successions échues, ou les donations faites à l'un des époux, durant le mariage. Ainsi malgré la société d'acquêts, aucune des obligations de la femme, dérivant d'une succession ou d'une donation même mobilières et acceptées du consentement du mari, ne peut être exécutée sur les biens communs, ni sur les biens personnels de ce dernier ; en supposant qu'il ait été dressé un inventaire ou un état authentique de la succession ou de la donation (arg. art. 1510) (1). A part cette exception, et celle contenue dans l'article 1432, déjà expliqué, il est exact de dire que tout engagement, contracté par la femme avec l'autorisation du mari, grève à la fois les trois patrimoines.

Lors, au contraire, que la femme s'oblige sans cette autorisation, elle n'oblige en principe ni la communauté, ni le mari ; par dérogation, avec l'assentiment de la justice, elle engage l'une et l'autre dans les deux cas de l'article 1427, comme sous la communauté légale (2).

Le droit de poursuite de ses créanciers, sur son patrimoine, subit des restrictions considérables, par suite de l'insaisissabilité de la dot. Les distinctions à faire, à ce point de vue, entre les diverses sortes d'engagements, dont la femme peut être tenue, seraient identiques à celles exposées pour le régime dotal ordinaire. De même encore que sous ce régime, les paraphernaux de la femme se trouvent en toute propriété soumis au gage général des créanciers. Nous avons, en effet, montré dans notre premier chapitre que, contrairement à l'opinion de certains auteurs, la stipulation d'une

(1) V. MM. Rodière et Pont : II, 1260. — Tessier et Deloynes : *op. cit.* n° 116, n. 1.
(2) V. MM. Aubry et Rau : V, § 522, a.

Digitized by Google

société d'acquêts ne remet au mari ni l'administration ni l'usufruit des paraphernaux ; par là, notre proposition est incontestablement justifiée.

Enfin la communauté d'acquêts se dissout, on le sait, par les mêmes causes que la communauté légale ; l'acceptation ou la renonciation, soit de la femme, soit de ses héritiers, donnent lieu alors à l'application de tous les principes, développés relativement à ce dernier régime. En cas de séparation de biens, la gestion et la jouissance de la dot repassent dans les mains de la femme ; si elle accepte la communauté, la part d'actif qui lui échoit s'ajoute à ses paraphernaux ; qu'elle accepte ou renonce, elle se trouve dès lors, à tous les points de vue, notamment au regard des créanciers antérieurs ou postérieurs à la séparation, dans la condition d'une femme, séparée de biens après adoption du régime dotal ordinaire.

Digitized by Google

Digitized by Google

CHAPITRE III

Conséquences d'une obligation non valable

Dans ce troisième et dernier chapitre, nous nous proposons d'examiner les conséquences des obligations non valables d'une femme, mais seulement, on le devine, de celles que vicie son incapacité générale, de celles qui, en vertu des règles exposées au cours de notre premier chapitre, auraient dû être autorisées par le mari ou la justice, et qui ne l'ont pas été. Ces obligations, malgré la tache de leur origine, ne créent pas moins un droit au profit du créancier; et, tant que la justice ne les a point anéanties, celui-ci jouit, à l'égard de sa débitrice, de toutes les prérogatives que lui donnerait un titre irréprochable. Seulement son droit porte avec lui un germe de dissolution; il peut tomber et périr dans ses mains; il peut aussi atteindre à une pleine vigueur et produire alors un entier effet.

Dans l'ancien droit, la nullité d'un pareil engagement était beaucoup plus complète que de nos jours; elle était absolue, proposable par tous ceux qui y avaient intérêt, même par ceux qui avaient contracté avec la femme, et elle ne permettait ni cautionnement, ni ratification. Telle était du moins l'opinion générale (1); non cependant celle de Lebrun (2), ni de Bourjon (3). Ce dernier soutient même que la jurisprudence du Châtelet était conforme à son sentiment; mais les auteurs du Nouveau Denizart observent (*loc. cit.*) que son affirmation n'est appuyée d'aucune preuve.

Depuis le Code, la nullité résultant du défaut d'autorisation n'est

(1) V. Pothier : Puissance du mari, n°s 5, 74 et 78. — Nouveau Denizart : V° Autorisation, § 2, n° 15.

(2) V. Communauté : liv. II, ch. I, sect. 5; n° 3.

(3) V. Droit commun de la France, t. I, part. IV de la communauté, sect. 2, n° 8.

Digitized by Google

incontestablement que relative (A. 225. 1125). Le devoir d'obéissance de la femme, à l'égard du mari, est maintenant apprécié avec plus d'indulgence ; sa violation, au moins en matière extrajudiciaire, n'est plus considérée comme d'ordre public. La Cour suprême a maintes fois proclamé ce principe, en décidant que notre nullité, quoique opposable en tout état de cause, ne peut être, ni déclarée d'office par le juge, ni soulevée pour la première fois en cassation (1).

La nullité de l'engagement de la femme n'est, disons-nous, que relative. De là résultent les deux conséquencess suivantes : elle n'est proposable que par certaines personnes ; elle est susceptible de s'effacer par l'effet de diverses circonstances. Nous allons successivement examiner ces deux propositions ; puis nous verrons les effets de la nullité soit couverte, soit au contraire prononcée. Mais nous n'exposerons point, on le comprend dans leurs détails, les règles communes à toute nullité relative ; nous en ferons seulement un rappel sommaire, et nous n'insisterons que sur les points spéciaux aux obligations annulables de la femme mariée.

SECTION I

Par qui la nullité peut-elle être invoquée ?

« La nullité fondée sur le défaut d'autorisation, dit l'article 225, ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. » « Les personnes capables de s'engager, ajoute l'article 1125, ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit ou de la femme mariée, avec qui elles ont contracté. »

Une remarque tout d'abord est nécessaire. Malgré l'assimilation que ce dernier texte semble établir entre les diverses sortes d'incapacité qu'il mentionne, il n'en existe pas moins, entre la première et les deux autres, une différence considérable. Tandis que le mineur, pour faire tomber l'acte qu'il a consenti, doit rapporter la preuve d'une lésion, d'un préjudice quelconque, la femme, comme l'interdit, est dispensée de toute preuve de ce genre. *Minor restituitur non tanquam minor, sed tanquam læsus :* l'incapacité du

(1) V. Cass., 4 av. 1853. S. 53, 1. 480. — Cass., 4 août 1856, S. 58, 1. 684.

Digitized by Google

mineur consiste à ne pouvoir être blessé dans ses intérêts (1). Bien plus radicale, celle de la femme, comme celle de l'interdit, la met hors d'état de contracter valablement, même à des conditions avantageuses pour elle ; et comme cette incapacité est l'état normal de la femme, comme elle constitue la règle générale, c'est au créancier, qui soutiendra la validité de son droit, qu'incombera très certainement le fardeau de la preuve (2).

La nullité pour défaut d'autorisation peut être proposée, dit la loi, par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. La femme est évidemment plus intéressée que personne à l'invoquer; son intérêt, après la dissolution du mariage, restant le même, il est manifeste qu'elle peut agir alors comme auparavant, sauf le cas où, dans l'intervalle, elle aurait opéré une valable ratification.

Chez le mari, au contraire, le droit d'invoquer la nullité dont nous nous occupons, participe d'une double nature : il est pécuniaire, et il est surtout moral, ayant pour but essentiel de sanctionner le devoir d'obéissance, auquel l'épouse a été infidèle. Avec le lien conjugal disparaît la puissance maritale, qui seule permettait au mari d'exercer ce droit, en tant que purement moral. Reste le côté pécuniaire de l'action ; mais survit-il au mariage, en supposant, que le mari se présente en la seule qualité d'époux et point comme héritier testamentaire de la femme par exemple, ou au nom de ses enfants mineurs ? La négative n'est pas douteuse dans la plupart des cas. En effet, les obligations souscrites par une femme sans autorisation, ou même avec l'autorisation de la justice (en dehors des deux hypothèses de l'article 1427 sous le régime de la communauté), restent, nous l'avons vu, entièrement étrangères, au mari. Celui-ci a donc très rarement, même *constante matrimonio*, un intérêt pécuniaire personnel à faire tomber un pareil engagement. Il y a toutefois des exceptions : par exemple une femme commune a contracté un emprunt, avec l'assentiment de la justice, dans l'un des deux cas de l'article 1427 ; elle a de la sorte obligé son époux. Si cet assentiment n'est point valable, soit qu'il n'ait été donné que sur de faux renseignements, soit qu'il ait été accordé dans des termes trop généraux et ne satisfasse point à la spécialité requise par la loi, le mari est manifestement intéressé à en demander la

(1) V. M. Demolombe : XXIX, n[os] 812 et s.
(2) V. M. Demolombe : IV, n° 336. — Paris, 2 janv. 1808, S. 1808, 2. 791.

Digitized by Google

nullité ; partant, son action, même formée après le décès de la femme, ne saurait être écartée.

La nullité pour défaut d'autorisation est encore proposable par les héritiers de la femme et du mari (A. 225). En ce qui concerne les premiers, il n'y a là qu'une application du droit commun : les héritiers succèdent toujours à l'intégralité des droits pécuniaires de leur auteur. A l'égard des seconds, la disposition de la loi paraît au premier abord ne guère se justifier ; pour les raisons indiquées tout à l'heure, l'on ne conçoit pas très facilement chez eux la possibilité d'un intérêt pécuniaire. Quelques auteurs même ont affirmé trop précipitamment que la loi les avait nommés à tort dans l'article 225. Nous venons de montrer que la dissolution du mariage laisse quelquefois au mari le droit d'agir en nullité ; dans les mêmes hypothèses, ce droit passe très certainement à ses héritiers, puisqu'il repose alors sur un fondement exclusivement pécuniaire.

Les termes en apparence fort restrictifs de l'article 225 ont porté quelques Cours, à décider que nul, en dehors des personnes qui y figurent, n'est autorisé à se prévaloir du défaut d'autorisation ; que les créanciers mêmes de la femme ou du mari ne pourraient le faire (1). L'erreur de cette doctrine est à présent généralement reconnue. En principe tous les droits et actions d'un débiteur sont susceptibles d'être exercés par ses créanciers (A. 1166). La loi n'excepte de cette règle que les droits exclusivement attachés à la personne du titulaire : or la faculté pour la femme, de faire annuler une de ses obligations, n'a manifestement pas ce caractère, elle est pécuniaire dans son essence, par conséquent à la disposition de ses créanciers. Sans doute la femme tiendra quelquefois à honneur de respecter ses engagements ; mais un pareil scrupule sera toujours un peu suspect, et la loi qui permet aux créanciers d'opposer la prescription du chef de leurs débiteurs (A. 2225) n'a pas pu soustraire à leur gage l'action qui nous occupe (2). Même dans les mains du mari, cette action ne nous paraît pas revêtir un caractère suffisamment personnel, pour qu'on puisse en dénier l'exercice à ses créanciers. Telle est du reste l'opinion générale, et M. Demolombe, qui tout d'abord avait émis (t. IV. 342) un sentiment contraire, y a renoncé dans la seconde édition de son ouvrage.

---

(1) V. Dalloz : V° Mariage, n° 939.

(2) V. Duranton : II, 512. — M. Demolombe : IV, 342. — Cass., 10 mai 1853, S. 53, 1. 572.

Digitized by Google

Bien différent des créanciers de la femme, celui qui a cautionné son obligation ne saurait en proposer la nullité. Il en est ainsi, en effet, pour le mineur (A. 2012) ; et l'article 2036 fortifie l'argument, quand il exprime que les seules exceptions opposables au créancier par la caution, sont celles inhérentes à la dette, excluant de la sorte celles inhérentes à la personne du débiteur principal. A la vérité, dans l'ancien droit, l'obligation, nulle pour défaut d'autorisation, n'était point susceptible d'être valablement cautionnée ; mais nous avons déjà dit qu'une pareille obligation était alors frappée d'une nullité absolue : la divergence du principe explique la divergence du résultat (1).

Arrivons au tiers créancier de la femme, et tâchons de préciser sa situation. Il ne peut très certainement, aux termes de l'article 1225, se prévaloir de la nullité de l'acte intervenu entre la femme et lui, faire tomber cet acte, qui le menace peut-être cependant d'un préjudice considérable. De là faut-il conclure que si les obligations des deux parties n'ont pas encore été exécutées, il doive accomplir toutes les siennes, sans exiger aucune garantie contre le dommage auquel il est exposé? Nous ne le pensons pas. Refuser l'exécution d'un engagement, jusqu'au moment où la femme rapportera l'autorisation maritale, et demander la nullité du même engagement sont deux choses bien différentes ; la dernière seule est proscrite par l'article 1125. De plus la prestation que la femme viendrait à réclamer au tiers, en suite de leur convention, constituerait un acte nouveau, nécessitant l'approbation du mari, et cela, quel qu'en fût l'objet, puisqu'autrement cette prestation serait nulle. L'équité enfin serait étrangement sacrifiée dans l'opinion adverse, et telle ne peut avoir été l'intention de notre législateur : il a mis le sort du contrat à la discrétion de la partie incapable ; il n'a point voulu placer toujours l'autre partie dans une situation profondément injuste (2).

Supposons maintenant la convention exécutée de part et d'autre, ou seulement de la part du tiers qui a traité avec la femme : pour sortir de l'incertitude où il se trouve, et ne pas laisser à sa débitrice le temps de dissiper entièrement les sommes qu'elle a reçues de lui, aurait-il la faculté de l'interpeller, et de l'obliger, soit à

---

(1) V. Troplong : du Cautionnement, art. 2012, n° 82. — MM. Aubry et Rau : V, § 472, 7°. — Cass., 17 déc. 1834, S. 35, 1. 544.

(2) V. M. Demolombe : IV, 345.

Digitized by Google

annuler le contrat, soit à le valider avec l'approbation du mari ou de la justice? M. Demolombe l'a soutenu (IV. 346) ; mais il reconnaît la hardiesse de sa doctrine, et lui-même expose, mieux que nous ne saurions le faire, les arguments qui la rendent inadmissible : « La loi a déterminé avec précision les événements qui pourraient effacer le vice du contrat : 1° la prescription de dix ans à partir de la dissolution du mariage (A. 1304) ; 2° la confirmation expresse ; 3° l'exécution volontaire. Hors de là, la situation ne saurait être changée ; et le tiers doit subir les conséquences de la position qu'il s'est faite. Il ne dépend pas de lui de priver la femme ou ses représentants du temps que la loi leur accorde, et d'abréger la durée de leur action... Sous tous les rapports sa prétention est impossible. La nullité, il ne peut certainement pas la demander (A. 225, 1125). C'est donc à la validité qu'il conclut ; mais alors qu'est-ce autre chose qu'une ratification forcée, qu'il veut imposer à la femme ! »

SECTION II

Comment la nullité peut-elle se couvrir?

La nullité pour défaut d'autorisation, n'étant point absolue, est susceptible de disparaître par l'effet de diverses circonstances : une ratification valable, l'expiration d'un certain délai. Nous nous bornerons ici, comme nous l'avons annoncé, à un simple rappel des principes qui régissent tous les cas de nullité relative ; nous signalerons les particularités qu'offrent, en la matière, les obligations de la femme mariée, et nous renverrons, pour ce qui tient à la théorie générale de la confirmation et de la prescription des engagements annulables, aux auteurs qui en ont tout spécialement traité (1).

Parlons d'abord de la ratification. S'analysant en une renonciation au droit de demander la nullité de l'acte accompli par la femme, elle peut être effectuée par chacune des personnes auxquelles appartient ce droit. Elle peut donc l'être par la femme à tout

---

(1) V. notamment MM. Larombière : Théorie et pratique des obligations, IV, art. 1304 et 1338. — Aubry et Rau : IV, §§ 337 et 339. — Colmet de Santerre : V. n°s 261 et s., 309 et s. — Demolombe : XXIX, n°s 1 et s., 721 et s.

Digitized by Google

moment, c'est-à-dire soit avant, soit après la dissolution du mariage; elle ne pourra que très rarement, au contraire, l'être par le mari ou ses héritiers après la rupture du lien conjugal, parce qu'alors cesse pour eux, en général, comme nous l'avons montré, la faculté d'agir en nullité. La ratification peut enfin, cela va sans dire, être opérée séparément ou à la fois par la femme et le mari ou leurs héritiers: nous verrons qu'elle produit, suivant le cas, des conséquences très différentes.

Elle est expresse ou tacite. Expresse, elle résulte d'une déclaration formelle de volonté. Si elle émane de la femme pendant la durée du mariage, elle doit évidemment, comme tout acte extrajudiciaire, être approuvée du mari ou de la justice. Elle est d'ailleurs soumise dans tous les cas aux règles du droit commun (A. 1338). Ainsi elle exige chez la personne qui l'effectue, la connaissance du vice de l'obligation et l'intention de le réparer; elle ne nécessite point l'assentiment du créancier. Elle est ordinairement constatée par un écrit, mais celui-ci n'est point indispensable. Elle peut toujours être établie par l'aveu ou le serment; elle peut aussi l'être par témoins ou par simples présomptions, lorsque le montant du litige ne dépasse pas 150 fr.; et même au-dessus de cette somme s'il existe un commencement de preuve par écrit. La loi ne renferme de disposition spéciale, que relativement à la force probante de l'acte dressé par les parties pour faire foi de la confirmation. Cet acte, aux termes de l'article 1338, « n'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de l'obligation, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette action est fondée ». En supposant, du reste, qu'il ne satisfasse pas à ces diverses conditions, il n'est point radicalement nul, et peut tout au moins servir de commencement de preuve par écrit, permettre de la sorte la preuve testimoniale et celle par simples présomptions.

La ratification tacite résulte par interprétation de la conduite de la personne investie d'une action en nullité. La loi cite un seul acte emportant pareille ratification : l'exécution volontaire (A. 1338). Nous dirons bientôt que l'écoulement du délai de l'article 1304 en est une deuxième forme. Remplir un engagement auquel on pourrait se soustraire, c'est de toute évidence, l'approuver, pourvu que l'on agisse volontairement, en dehors de toute contrainte, et avec le désir de réparer le vice qui entachait le droit du créancier. La ratification tacite dérivant de l'exécution volontaire doit naturelle-

Digitized by Google

ment satisfaire à toutes les conditions de fond d'une ratification expresse, et par suite, si elle émane, *constante matrimonio,* de la femme, être autorisée du mari ou de la justice. Il est d'ailleurs généralement admis qu'une exécution partielle suffit toujours à opérer confirmation, parce qu'elle montre au même degré qu'une exécution totale, chez son auteur, l'intention de ne point se prévaloir de la nullité de l'acte.

La deuxième circonstance, susceptible de couvrir la nullité des engagements de la femme, est comme pour toute nullité relative, l'expiration d'un délai de dix ans (A. 1304). Le fondement de cette déchéance qui déroge à la règle générale de l'article 2262, est certainement une présomption de confirmation (arg. art. 1115); mais comme la loi n'exige que l'écoulement du délai par elle fixé, on ne saurait y ajouter aucune des conditions de la ratification tacite. Nous n'examinerons pas les nombreuses questions que soulève l'interprétation de l'article 1304; nous ne rechercherons point par exemple si le délai de dix ans est un véritable délai de prescription ou un délai préfix analogue à d'autres par lesquels la loi limite l'exercice de certaines facultés, de l'appel par exemple; si notre article doit être appliqué, de quelque façon que la nullité soit invoquée, par voie d'action ou par voie d'exception, ou bien si la vieille maxime *quæ temporalia sunt ad agendum sunt perpetua ad excipiendum* a été consacrée par le législateur moderne. Le premier point est du reste maintenant unanimement résolu; on s'accorde à reconnaître que l'article 1304 a organisé une véritable prescription. Le second est encore fort controversé : nous pensons avec MM. Aubry et Rau (IV. § 339 n. 29) et Demolombe (XXIX. 136 et s.) que la déchéance dont s'agit n'atteint pas l'exception de nullité.

Quant au point de départ du délai décennal, il est déterminé par notre texte, de la manière la plus précise : « Ce temps ne court, dit-il, pour les actes passés par les femmes mariées non autorisées, que du jour de la dissolution du mariage. » Il est donc permis de s'étonner qu'une controverse ait surgi à ce propos, et que l'on ait essayé de distinguer entre le mari et la femme. La loi est formelle, et sa décision, uniforme à l'égard de l'un et de l'autre, se justifie sans peine. S'inspirant d'une présomption de confirmation tacite, elle devait logiquement faire courir les dix ans, du jour où la personne, investie du droit d'agir en nullité, pourrait librement en user. Or, ce jour est bien, pour les deux époux, celui seulement de

Digitized by Google

la dissolution du mariage : la femme jusque-là n'est pas libre; le mari, de son côté, ne l'est pas non plus absolument, il peut être arrêté par la crainte de troubler la paix du ménage, d'introduire la discorde dans son intérieur (1).

Il nous reste à faire observer que la prescription de dix ans, comme la confirmation expresse ou tacite, s'applique à toutes sortes d'engagements, et non pas seulement à ceux dérivant d'un contrat. Les termes de l'article 1304 ont fourni sur ce point matière à discussion. Dans son premier alinéa, il ne parle que « de l'action en nullité ou en rescision d'une convention, » et le reste de sa teneur n'indique pas, d'une manière exacte, qu'il faille élargir l'étroite portée de ces expressions; de là quelques auteurs concluent à leur interprétation restrictive, en raison du caractère exceptionnel de notre article (2). — L'opinion adverse compte plus de partisans. Le langage du législateur est en effet peu décisif : traitant des nullités, au titre des contrats, il s'est naturellement attaché surtout à la nullité des conventions; puis, en faisant usage, dans les deux derniers alinéas du texte, de l'expression vague et générale d' « actes », il nous semble avoir précisément voulu montrer que le mot « convention » devait être entendu avec une signification très large, qu'il comprenait tous les actes de volonté, dont l'effet est de lier juridiquement, à l'instar des contrats, ceux de qui ils émanent. Ajoutons que l'interprétation rigoureuse de l'article 1304 ne saurait se justifier rationnellement, et qu'elle se heurte enfin à l'autorité de notre ancien droit (3).

SECTION III

Effets de la nullité couverte ou prononcée

La ratification d'un engagement nul pour défaut d'autorisation peut, avons-nous dit, être valablement effectuée, soit par la femme, soit par le mari, soit par les deux conjointement. Mais les suites en sont fort différentes dans chacun de ces cas. La loi en effet a

(1) V. MM. Valette et Proudhon : I, p. 467, n. b. — Colmet de Santerre : V, n° 265 bis, II. — Demolombe : XXIX, 150. — Contrà : Mourlon, II, 1491.

(2) V. Marcadé : IV. art. 1304. — M. Baudry-Lacantinerie : II, n° 1120, 2°.

(3) V. MM. Colmet de Santerre : V, n° 265 bis IX. — Aubry et Rau : IV, § 339, texte et n. 14. — Demolombe : XXIX, 48 ; et les arrêts cités par lui.


Digitized by Google

créé une double action en nullité; elle a remis l'une aux mains de la femme et de ses héritiers, l'autre aux mains du mari, transmissible elle aussi à ses héritiers, quand ils y trouvent un avantage pécuniaire quelconque. Or, la ratification expresse ou tacite d'un acte annulable est une renonciation à l'action en nullité qui en découle; d'autre part, il est de principe que nul ne peut renoncer qu'aux droits et actions lui appartenant. De là il suit que toute confirmation de la femme ou de ses héritiers doit être sans effet, vis-à-vis du mari, comme vis-à-vis de ses ayants-cause. De là aussi, une conséquence identique, relativement à la ratification émanée du mari ou de ses héritiers, vis-à-vis de la femme.

Ces règles, d'après nous, ne comportent pas d'exception : que la femme ait ratifié pendant le mariage avec l'autorisation de la justice, ou de son seul gré à la dissolution du mariage; que le mari de son côté l'ait fait à l'une ou à l'autre de ces deux époques; l'effet de leur confirmation isolée ne saurait en être modifié. L'on a cependant proposé en la matière de graves distinctions, soulevé de vives controverses. Ainsi, tout d'abord, on reconnaît unanimement que la ratification du mari seul, après la rupture du lien conjugal, est inopérante vis-à-vis des héritiers de la femme, parce que c'est en vertu de la puissance maritale, alors éteinte, qu'il est appelé, soit à autoriser celle-ci, soit à confirmer les actes passés par elle sans autorisation; mais des auteurs fort nombreux soutiennent que la seule confirmation du mari, *constante matrimonio,* efface d'une manière absolue, et vis-à-vis de toutes personnes, le vice dont s'agit, pourvu qu'elle n'ait point été devancée par une demande en justice de la part de la femme. On prend texte en ce sens de notre ancienne jurisprudence (1). — N'est-ce pas oublier que le fondement de la nullité qui nous occupe s'est depuis lors modifié? Quand elle avait pour unique raison d'être l'intérêt exclusif du mari, on comprend que ce dernier pût à lui seul la couvrir d'une façon absolue, radicale. Mais le législateur moderne a eu aussi en vue l'intérêt collectif de la famille : il en résulte que le mari ne peut plus enlever à sa femme l'action en nullité que la loi lui a remise, pour mieux assurer la sauvegarde de cet intérêt, si digne de protection. On objecte que la femme, tant qu'elle n'a pas rétracté son consentement doit être censée y persévérer, que dès

(1) V. Lebrun : liv. II, ch. I, sect. V, nos 7 à 9. — Pothier : de la puiss. du mari, n° 74

Digitized by Google

lors l'approbation du mari, venant se joindre à ce consentement, le complète, le parfait, et qu'il ne manque plus à l'acte ratifié, le moindre élément de validité. — Ce raisonnement serait exact, si le silence de la femme n'avait une autre explication tout aussi naturelle : pour attaquer l'acte passé au mépris de la puissance maritale, il lui faudrait demander l'autorisation de son époux, révéler à ce dernier la faute qu'elle a commise. La faiblesse ou la crainte peuvent l'en empêcher, et le législateur l'a si bien compris, qu'il a suspendu, pendant toute la durée du mariage, la prescription de son action en nullité (art. 1304). Il n'est donc pas vrai de dire que la confirmation du mari équivaut rationnellement à son autorisation.

Nous ne parlerons pas des raisons que l'on a puisées dans les Travaux préparatoires. Les deux systèmes ont cru y trouver leur justification ; n'est-ce pas la meilleure preuve de l'incertitude des arguments qu'ils ont pu fournir? La jurisprudence est unanime dans le sens de l'opinion que nous venons de défendre ; mais une fraction notable de la doctrine adopte le système opposé (1).

En ce qui touche la confirmation de la femme, on s'accorde généralement à reconnaître qu'elle n'est efficace, à l'égard du mari, qu'autant qu'elle a eu lieu avec son autorisation, et que, ni celle émanée de la femme après la dissolution du mariage, ni celle donnée, durant le mariage, avec la simple autorisation de justice, ne peuvent produire, vis-à-vis de lui, la plus légère conséquence. Toutefois M. Demolombe, relativement à la seconde, a émis une théorie différente : d'après lui (t. IV. 272), la justice peut habiliter la femme à consentir une ratification qui retire au mari lui-même son action en nullité, en supposant du reste que par là on ne porte aucune atteinte à ses intérêts pécuniaires personnels. Son action, dans ce cas, dit-il, dérive uniquement de l'autorité maritale : or celle-ci n'est qu'une délégation de la puissance publique, qui doit avoir toujours le droit d'en confier l'exercice à la justice elle-même, quand le mari ne peut en user ou quand il s'en fait un moyen de despotisme et de méchanceté. Puis il importe à la société que le sort des contrats ne reste pas en suspens, et que la résistance du mari, son interdiction ou son absence ne viennent pas empêcher, pendant toute la durée du mariage, de mettre un terme à une incer-

---

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 472, n. 118, et les autorités citées par eux, dans les deux sens.

Digitized by Google

titude parfois très fâcheuse. Ces considérations, fort graves sans doute, ne sauraient cependant, il nous semble, ébranler le principe qu'elles tendent à renverser. L'opinion de M. Demolombe est restée isolée, et avec raison (1). Comme il le dit lui même, « cette situation dont on se plaint, cette incertitude sur le sort du contrat, tout cela n'est-il pas la sanction utile et essentielle du principe de l'autorisation ? La loi qui commande à la femme de consulter d'abord son mari, et à son défaut seulement la justice, la loi doit-elle approuver elle-même les actes passés par la femme, sans aucune espèce d'autorisation ? Ne serait-ce point encourager l'insubordination et l'indiscipline ? »

La confirmation expresse ou tacite, valablement opérée par la femme et le mari ou leurs héritiers, emporte renonciation aux moyens et exceptions qu'ils auraient pu invoquer (A. 1338). Elle a donc pour résultat de rendre l'engagement de la femme aussi inattaquable que si, dès le principe, il n'eût été entaché d'aucun vice, et produit un effet rétroactif.

L'article 1338 réserve cependant les droits des « tiers. » Que faut-il entendre par cette expression ? Après quelques controverses soulevées à ce sujet, et sauf de légères dissidences subsistant encore sur des points étrangers à la constitution d'un droit purement personnel, qui seule rentre dans le cadre de notre travail, l'on s'accorde à reconnaître que le législateur a compris, sous la dénomination de « tiers », tous les ayants-cause à titre particulier de la personne qui ratifie, tous ceux à qui elle a valablement, et avant la confirmation dont il s'agit, cédé sur une chose déterminée un droit réel ou personnel qui serait anéanti ou diminué si cette confirmation leur était opposable (2). Quant aux ayants-cause à titre universel, de l'avis unanime des auteurs, ils ne sont point des tiers, au sens de la loi, et par suite, dans tous les cas, sont contraints de subir les effets de l'acte ratifié. Les créanciers chirographaires appartiennent, comme on sait, à cette catégorie d'ayants-cause ; mais il va sans dire que si la confirmation opérée par les époux avait été faite dans un but frauduleux, dans le dessein de leur occasionner un préjudice, ils auraient, en vertu de l'article 1167, la faculté d'en demander l'annulation.

---

(1) V. MM. Aubry et Rau : V, § 472 et n. 121. — Laurent : III, 165.

(2) V. M. Demolombe : XXIX, n[os] 787 et s., et les citations qu'il rapporte.

Digitized by Google

Telles sont les conséquences d'une ratification expresse ou tacite; la prescription décennale de l'article 1304 entraîne des résultats identiques. Elle aussi rétroagit, comme toute prescription, mais sans préjudice des droits des tiers. En effet, reposant sur une présomption de confirmation tacite, elle ne saurait logiquement opérer d'une manière plus radicale que la confirmation expresse. Puis le point de départ assigné par le législateur à notre prescription, dans les diverses hypothèses de l'article 1304, montre qu'il a supposé l'action intentée par l'une des parties ou ses représentants, contre l'autre (1). Or, l'ayant-cause à titre particulier qui se prévaut de la nullité d'un premier acte souscrit par son auteur n'agit point aux lieu et place de ce dernier; il le fait en vertu d'un droit propre, du droit qui lui permet de s'opposer à l'effet d'une confirmation expresse.

Supposons maintenant prononcée en justice l'annulation de l'engagement de la femme, du contrat par exemple qu'elle avait souscrit. Les choses sont alors remises dans le même état, que si l'acte infirmé n'eût pas eu lieu. La maxime : *quod nullum est nullum producit effectum*, trouve ici une application toute naturelle, et cela vis-à-vis des tiers, comme entre les parties elles-mêmes. Ainsi, le droit acquis au co-contractant de la femme était-il passé aux mains d'une autre personne : celle-ci est réputée n'en avoir jamais été investie. Quant aux parties, elles devraient, en vertu de notre règle, se rendre mutuellement ce qu'elles s'étaient livré. A l'égard du co-contractant, cette obligation est absolue. Mais si la femme avait toujours été contrainte de restituer les sommes et objets qu'elle aurait reçus, le droit d'agir en nullité n'eût été souvent pour elle qu'un secours illusoire. En conséquence, la loi appliquant à notre hypothèse la doctrine déjà consacrée dans l'article 1241, relativement au paiement reçu par un incapable, décide que la femme ne doit rien rendre, « à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui lui a été payé a tourné à son profit » (A. 1312).

A quel moment le juge se placera-t-il pour apprécier ce profit? Faut-il que celui-ci subsiste encore à l'époque où la nullité de l'acte est demandée ? Ou suffit-il qu'il ait existé à un moment quelconque, dans l'intervalle du paiement à la demande en nullité, s'il n'a été

(1) V. MM. Aubry et Rau : IV, § 339, texte et n. n. 18, 19. — Demolombe : XXIX 118.

Digitized by Google

détruit depuis lors que par un accident de force majeure? Cette dernière opinion est généralement suivie (1), quoique contraire aux traditions du droit romain et de notre ancienne jurisprudence (2). Le Code, en effet, n'a reproduit que l'une des deux conditions auxquelles Pothier *(loc. cit.)* subordonnait l'obligation de l'incapable, en notre hypothèse : il exige que la chose payée ait tourné à son profit; il n'exige pas « que le profit subsiste encore au temps de la demande » Puis, quel est le but de l'incapacité de la femme, comme de l'incapacité du mineur et de l'interdit? C'est de les protéger contre leur inexpérience ou contre la faiblesse de leur jugement. Or, supposons que la femme ait fait un emploi utile des fonds par exemple qu'elle a touchés : elle en a acheté un immeuble; par une circonstance purement fortuite, il vient à périr. Si alors elle réclamait un nouveau paiement, ce n'est plus contre son inexpérience, contre la « *fragilitas sexus* », mais contre un cas de force majeure, qu'elle demanderait à être protégée et défendue. Le juge qui l'écouterait, fausserait donc sûrement l'esprit de la loi, et sa décision porterait une atteinte plus grave encore à l'équité.

En résumé, pour que la femme soit tenue de restituer à son co-contractant la chose qui lui a été remise, il suffit qu'elle en ait fait un emploi utile, raisonnable. Peu importent les événements imprévus et accidentels qui sont venus déranger ses combinaisons; le juge ne doit point s'en enquérir. Au surplus, l'enrichissement de la femme, remarquons-le, ne se présume pas ; c'est au créancier qui l'invoque, à en rapporter la démonstration. L'article 1312 est presque formel en ce sens, et l'article 1241 ne laisse aucune place au doute.

La situation du créancier, comme on le voit, est fort peu avantageuse. Sans doute, si la femme s'est rendue coupable à son égard d'un délit ou d'un quasi-délit, elle en sera responsable; mais nous avons vu dans quel sens précis et un peu restreint il convient d'entendre cette réserve. Bien souvent le créancier sera la victime d'une fraude ourdie par sa débitrice ou par les deux époux, et ne pourra en obtenir la réparation; insuffisante ou trop difficile à établir, la fraude demeurera impunie. Et le mal est sans remède :

---

(1) V. M. Demolombe : XXVII, 194 et s., et les autorités citées par lui dans les deux sens.

(2) V. Paul : l. 4, D. XLIV. 1; Marcien : l. 47, pr. D. XLVI. 3. — Pothier : des Obligations, n° 504.

Digitized by Google

toute incapacité proclamée dans la loi conduit à des résultats identiques. Celle même du mineur tombe sous la règle commune ; que de fois elle sert de manteau à la ruse et à l'injustice ! C'est là le côté désavantageux de l'incapacité de la femme mariée ; Il ne paraît pas cependant beaucoup préoccuper les adversaires du principe de l'autorisation. La réforme qu'ils sollicitent du législateur, ils ne la réclament point au nom de la morale ni de l'intérêt des tiers ; leur unique argument, leur unique objectif est l'indépendance du sexe. A ce point de vue, la puissance maritale a été, dès le début de notre étude, examinée, défendue, et, nous l'espérons, justifiée. Fondée sur le roc de la raison, consolidée par une expérience de plusieurs siècles, elle défiera longtemps encore les efforts passionnés des champions de l'émancipation absolue des femmes.

Digitized by Google

Digitized by Google

POSITIONS

Droit romain. — I. La *manus* entraînait, en même temps, des droits sur les biens et des droits sur la personne de la femme. — II. La *confarreatio* a toujours été le monopole des patriciens.

Droit civil. — I. L'autorisation tacite du mari ne peut résulter que de son concours à la rédaction de l'acte qui constate l'engagement de la femme. — II. La femme dotale, même séparée de biens, ne peut pas plus engager les revenus dotaux que la dot elle-même.

Droit commercial. — La femme, autorisée à faire le commerce, n'a point le droit de contracter une société, sans une nouvelle autorisation.

Droit maritime. — L'hypothèque maritime échappe à la règle de l'article 2128 du Code civil.

Procédure civile. — Un étranger défendeur peut, comme un français, exiger la caution *judicatum solvi*.

Droit constitutionnel. — La coexistence de deux Chambres est une garantie, à la fois pour les intérêts généraux d'une nation, et pour la stabilité d'une forme quelconque de gouvernement.

Droit administratif. — Les églises font partie du domaine public.

Histoire du droit. — Le principe de la puissance maritale vient du droit germanique.

Droit criminel. — La dégradation civique n'entraîne en aucun cas, pour le mari, déchéance du droit d'autorisation.

Droit international privé. — Les étrangers jouissent en France de tous les droits civils, que notre loi ne leur a pas spécialement retirés.

Digitized by Google

ÉCONOMIE POLITIQUE. — On peut espérer, par le développement des idées philanthropiques et la constitution des syndicats professionnels, une diminution progressive du nombre des grèves.

Vu par M. le Doyen, Président de la thèse,

A. COURAUD.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur de l'Académie,

H. OUVRÉ.

N. B. — Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs.

(Délibération de la Faculté du 12 août 1879.)

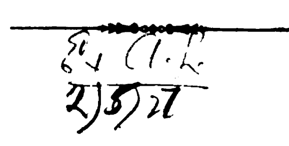
Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN

DROIT CIVIL FRANÇAIS

Digitized by Google



Bordeaux. — Imprimerie centrale A. DE Lanefranque, rue Permentade, 23-25.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google


Digitized by Google


Digitized by Google

